



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

Agélio Novaes de Miranda

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO E O NOVO MARCO
LEGAL DO SETOR: ARRANJOS JURÍDICOS INSTITUCIONAIS, FEDERALISMO
DE COOPERAÇÃO E A BUSCA PELA UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS.**

Maceió/AL

2022

AGÉLIO NOVAES DE MIRANDA

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO E O NOVO MARCO
LEGAL DO SETOR: ARRANJOS JURÍDICOS INSTITUCIONAIS, FEDERALISMO
DE COOPERAÇÃO E A BUSCA PELA UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (PPGD/FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa
Carvalho

Maceió/AL

2022

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

M672d Miranda, Agélio Novaes de.

O direito fundamental ao saneamento básico e o Novo Marco Legal do setor: arranjos jurídicos institucionais, federalismo de cooperação e a busca pela universalização dos serviços / Agélio Novaes de Miranda. – 2022.
153 f.

Orientador: Fábio Lins de Lessa Carvalho.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 140-153.

1. Saneamento básico. 2. Política pública. 3. Arranjos institucionais. 4. Novo Marco Legal. 5. Direito fundamental social. 6. Federalismo de cooperação. 7. Universalização do direito. I. Título.

CDU: 342.7

Aos meus filhos Deninho e Maria,
com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

A conclusão da dissertação vem acompanhada com a lembrança do percurso até ela. O sentimento natural de desalace, no meu caso, e, acredito, no dos meus colegas de turma, tem um significado especial, porque a jornada enfrentou os desafios de uma pandemia que nos trouxe inúmeras restrições. A ausência do relacionamento vivo em sala de aula, com os colegas e professores, talvez o de maior entrave deles, ainda que acalentado pela constatação de que atravessamos bem a assombração que nos ameaçou a todos. Nesse cenário, o reconhecimento aos que, de alguma maneira, contribuíram conosco tem sabor especial. Início, portanto, agradecendo à minha amorosa esposa, Iara Malta, que, além de proporcionar um ambiente de paz aos meus estudos, contribuiu na revisão dos meus textos, jornalista que é, e me incentivou constantemente, sendo ainda compreensiva com minha distância mesmo estando presente. Como retribuição à parte do meu desenvolvimento existencial lembro dos meus Pais, Wallace Miranda e Edith Virgínia Novaes, da minha Tia Leta e da minha sogra Clymene Malta, estas últimas duas em descanso no colo de Deus. Não poderia esquecer do colega Thiago Sampaio, pelo inestimável auxílio na preparação para a seleção do mestrado e que se estendeu durante o curso, com sugestões valiosas. Recordo ainda do colega de procuradoria, Danilo Lacerda, que, já mestre pela FDA-UFAL, reavivou meu interesse acadêmico, na consideração, que constatei real, dos variados impactos positivos da pós-graduação. Grato ainda ao meu orientador, Prof. Dr. Fábio Lins. Abriu horizontes, trouxe oportunidades e não aprisionou o pensamento. Por fim, agradeço, não a uma pessoa, mas à instituição que dedico parte do meu tempo: a Procuradoria Federal, especificamente à Escola da AGU. Acompanhei o desenvolvimento de novas ferramentas e a melhoria dos serviços da nossa Biblioteca, bem como a otimização de acesso e a ampliação do acervo digital. Foram instrumentos valiosos para minha pesquisa e revelaram que o fortalecimento das instituições de Estado, tão necessário à elevação do país e à nossa democracia, passam a qualificação de seus membros.

“Não me iludo
Tudo permanecerá do jeito que tem sido
Transcorrendo, transformando
Tempo e espaço navegando todos os sentidos

Pães de Açúcar, Corcovados
Fustigados pela chuva e pelo eterno vento
Água mole, pedra dura
Tanto bate que não restará nem pensamento

Tempo rei, ó, tempo rei, ó, tempo rei
Transformai as velhas formas do viver
Ensinai-me, ó, pai, o que eu ainda não sei
Mãe Senhora do Perpétuo, socorrei

Pensamento
Mesmo o fundamento singular do ser humano
De um momento para o outro
Poderá não mais fundar nem gregos nem baianos

Mães zelosas, pais corujas
Vejam como as águas de repente ficam sujas
Não se iludam, não me iludo
Tudo agora mesmo pode estar por um segundo”

Tempo Rei, de Gilberto Gil.

RESUMO

O saneamento básico como política pública estruturada juridicamente e os arranjos jurídicos institucionais veiculados pelo seu Novo Marco Legal são o objeto desse estudo. Em razão da dimensão legal ampla do conceito de saneamento e a fim de se aproximar do objeto com mais precisão e coerência, faz-se um corte metodológico para, sob a ótica dogmática, focar a análise em relação aos serviços públicos de fornecimento de água limpa e esgotamento sanitário. Inicialmente, procura-se demonstrar o reconhecimento do saneamento básico como um direito humano e, em seguida, realiza-se o seu enquadramento como um direito fundamental social autônomo, a partir da cláusula de abertura da CF88 e são tecidas considerações sobre seu âmbito de proteção. À luz do desenho do Estado Federal e do federalismo de cooperação adotado pela ordem constitucional brasileira, procura-se, com suporte no princípio da subsidiariedade dele decorrente, oferecer algumas diretivas em torno da divisão de competências no setor, da criação dos novos arranjos jurídicos institucionais e da própria conjugação de esforços público e privado em torno da universalização do direito ao saneamento básico. Em seguida, analisa-se as principais inovações setoriais promovidas. O mandamento de prestação regionalizada é compreendido como eixo principal das modificações, porque, para viabilizá-lo, o governo central assume o papel de coordenação regulatória pela ANA, que passa a emitir normas nacionais de referência regulatória. Realiza-se uma maior abertura à participação privada no setor e, estruturam-se regras para a viabilidade econômica e social dos serviços. As metas obrigatórias de universalização do saneamento e as implicações delas no redesenho da política pública são especialmente abordadas. Por fim, apresentam-se julgados paradigmáticos do STF que tiveram o Novo Marco como referência e, cuja linha argumentativa e resultado, revelam algumas implicações para a temática aqui desenvolvida.

Palavras-chave: Saneamento Básico. Direito Fundamental Social. Âmbito de proteção. Novo Marco Legal. Política Pública. Arranjos Jurídicos Institucionais. Federalismo de Cooperação. Princípio da Subsidiariedade. Regionalização. Normas Nacionais de Referência Regulatória. Serviços Públicos. Viabilidade Econômica e Social. Participação Privada. Universalização.

ABSTRACT

Basic sanitation as a legally structured public policy and the institutional legal arrangements conveyed by its New Legal Framework are the object of this study. Due to the broad legal dimension of the concept of sanitation and in order to approach the object with more precision and coherence, a methodological cut is made to, from a dogmatic perspective, focus the analysis in relation to public services for the supply of clean water. and sanitary exhaustion. Initially, it seeks to demonstrate the recognition of basic sanitation as a human right and, then, it is framed as an autonomous social fundamental right, based on the opening clause of CF88 and considerations are made about its scope. of protection. In light of the design of the Federal State and the federalism of cooperation adopted by the Brazilian constitutional order, based on the principle of subsidiarity arising from it, we seek to offer some directives around the division of competences in the sector, the creation of new institutional legal arrangements and the combination of public and private efforts around the universalization of the right to basic sanitation. Next, the main sectoral innovations promoted are analyzed. The commandment of regionalized provision is understood as the main axis of the changes, because, to make it viable, the central government assumes the role of regulatory coordination by ANA, which starts to issue national standards of regulatory reference. There is greater openness to private participation in the sector and rules are structured for the economic and social viability of the services. The mandatory goals of universal sanitation and their implications in the redesign of public policy are specially addressed. Finally, paradigmatic judgments of the STF are presented that had the New Framework as a reference and, whose argumentative line and result, reveal some implications for the theme developed here.

Key Word: Sanitation. Fundamental Social Law. Scope of protection. New Legal Framework. Public Policy. Institutional Legal Arrangements. Cooperation Federalism. Subsidiarity Principle. Regionalization. National Regulatory Reference Standards. Public Services. Economic and Social Feasibility. Private Participation. Universalization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
AGU	Advocacia-Geral da União
ANA	Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico
AIR	Análise de Impacto Regulatório
BNH	Banco Nacional de Habitação
CASAL	Companhia Estadual de Saneamento Básico de Alagoas
COVID19	Doença por Coronavírus – 2019
CESBs	Companhias Estaduais de Saneamento Básico
EC	Emenda Constitucional
FGTS	O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LNSB	Lei Nacional do Saneamento Básico
NMLSB	Novo Marco Legal do Saneamento Básico
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto Interno Bruto
PPPs	Parcerias público-privadas
SINS	Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento.
STF	Supremo Tribunal Federal.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	9
2	O SANEAMENTO BÁSICO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	16
2.1	O direito à água potável e ao saneamento na perspectiva dos direitos humanos.	17
2.2	Os direitos fundamentais e a cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da CF88	20
2.3	Saneamento básico como um direito fundamental social na CF88.....	23
2.4	Restrições ao âmbito de proteção do direito fundamental ao saneamento básico.....	29
3	FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO: TRAMA ESSENCIAL DOS NOVOS ARRANJOS JURÍDICOS INSTITUCIONAIS DO SANEAMENTO BÁSICO	38
3.1	O Estado Federal, evolução e tipologias.	38
3.1.1	Etapas do Federalismo.....	41
3.2	O Estado Federal do Brasil: federalismo tridimensional e de cooperação.....	43
3.3	O princípio da subsidiariedade como mandamento de otimização do federalismo de cooperação.	46
4	O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO	54
4.1	Saneamento Básico: competência e titularidade dos serviços.....	57
4.2	O acreditamento na prestação regionalizada.	64
4.2.1	A modalidade compulsória: regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.	67
4.2.2	A modalidade voluntária: gestão associada por convênio de cooperação e consórcio público.....	72
4.2.3	A modalidade híbrida: unidade regional de saneamento básico e bloco de referência.....	74
4.3	O saneamento básico entre o público e o privado.	80
4.4	Inovações regulatórias e o papel coordenador da ANA como órgão regulador central.....	90
4.4.1	As normas de referência regulatórias.	94
4.5	A sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário.	101
4.5.1	Taxas, Tarifas e Preços Públicos: em busca do meio adequado para custear os serviços de água e esgoto.....	105
4.5.2	A sustentabilidade econômico-financeira complementar: subvenções e subsídios no setor de saneamento.....	110
4.5.3	Subsídios cruzados e Subsídio Direto: a face redistributiva da política pública de saneamento básico.	112
4.7	A promoção do direito fundamental ao saneamento básico e o mandamento de universalização.	115
5	O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO NA BERLINDA JUDICIAL	121
5.1	O STF e a nova estruturação jurídica da política pública de saneamento básico.....	122
5.2	O arranjo jurídico institucional da Região Metropolitana de Maceió/AL no STF e a fixação judicial de critérios negativos paradigmáticos para a governança regional.....	128
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
	REFERÊNCIAS	140

1 INTRODUÇÃO

Em razão da pretensão científica que preside este trabalho impõe-se inicialmente tecer algumas considerações sobre a metodologia do estudo. Cabível então indicar os caminhos escolhidos para se aproximar do objeto de pesquisa e, a partir daí, apresentar o problema que preside a investigação para, em seguida, tentar construir soluções consistentes.

Para além da dificuldade ordinária de lidarmos com um objeto cultural, obra humana imperfeita, permeada de valores, muitas vezes conflitantes, e instrumentalizada em linguagem, o tema abordado tem nítido caráter multidisciplinar, bem como assume roupagem de política pública estruturada normativamente.

Com efeito, sem negar a complexidade que toca o objeto, tentaremos desvendá-lo sob a perspectiva da dogmática jurídica. A dogmática aqui será tomada em acepção ampla, nos termos em que referida por Robert Alexy, como um método que contempla três dimensões: analítica, empírica e normativa¹.

A dimensão analítica, é voltada ao “exame sistemático-conceitual do direito vigente” (diz, por exemplo, quanto ao tratamento e definição doutrinária de variados institutos, como direitos fundamentais, serviço público, regulação, etc).²

A dimensão empírica, possui dois horizontes: um direcionado à “cognição do direito positivo válido”, e outro, dirigido “à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica”. A dimensão empírica não se exauri com a descrição do direito positivo, “pois inclui também a descrição e o prognóstico da práxis jurisprudencial”³.

A dimensão normativa, pretende responder racional e fundamentadamente “a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado”⁴.

As três dimensões estariam ainda entrelaçadas por um princípio unificador revelado no caráter prático da ciência do direito. “Ela deve ser uma disciplina integradora e multidimensional: combinar as três dimensões é uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática”. Alexy destaca que se trata primordialmente de disciplina prática, “porque a pergunta central, em um caso real ou hipotético, diz respeito ao que deve ser.”⁵

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 33-39.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Segundo Robert Alexy, na op. cit., p. 36., isso “faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor”.

⁵ Ibid., p. 37.

Diversamente das controvérsias filosóficas ou políticas, “o debate jurídico parte de um material dado e dotado de força coercitiva garantida por órgãos de poder.” Por tais razões, há uma vinculação do intérprete a este material que deve ser levado em conta. O que não significa reduzir a atividade hermenêutica à replicação de enunciados legais, justamente porque cabe ao jurista “atribuir sentido a um conjunto de fatos a partir do material dado”⁶.

A dogmática vale-se assim da argumentação jurídica, como tarefa que “ocorre num amplo espectro de possibilidades”. Encara o direito em sua complexidade com o intuito de “determinar o sentido vinculante da normatividade” para solucionar problemas e decidir conflitos que podem surgir “no ato, na omissão, no comportamento, nas prescrições, nas recomendações, nas políticas, na organização”.⁷

Buscaremos, portanto, desincumbir-nos, em termos dogmático, do ônus argumentativo no enfrentamento do problema apresentado, com a premissa de que o direito “tem um compromisso com a funcionalidade das instituições e com sua operação”. Interessa assim apresentar caminhos para a solução do problema a partir do texto normativo e na linguagem do direito, mas atento “à sua eficácia e efetividade na regulação das diversas esferas sociais”⁸

À luz de tais considerações importa refletir “que o elemento jurídico é apenas um entre os muitos que integram uma política pública e sua implementação” e que não se pode desconhecer a importância da articulação das variáveis jurídicas com enfoques políticos, econômicos e de governança, a revelar que “as políticas públicas não se reduzem às normas jurídicas que tratam delas.”⁹

O percurso a seguir transitará no âmbito do Estado do Bem-Estar Social, formulado pela CF88, a partir do alcance dos direitos fundamentais sociais trazidos por esta ordem constitucional que, “não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação.”¹⁰

A sistematização e a organização do material jurídico implicadas pela dogmática estarão aqui como ponto de partida a serviço da equidade, eficácia e legitimidade do direito com o

⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portela; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). **Série Direito em Debate - Dogmática é conflito - Uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book (paginação irregular).

⁷ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. Editora Manole. 2014. p. 77. Edição do *Kindle*.

⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portela; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs), op. cit.

⁹ MARINA, Feferbaum; RABELO, Queiroz Rafael Mafei (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book (paginação irregular).

¹⁰ FERRAZ JR, Tercio Sampaio, op. cit., p.16.

objetivo de “obter soluções adequadas aos problemas sociais”¹¹. Esse desafio da racionalidade dogmática vê-se intensificado quando há fragmentação da regulação jurídica num determinado espaço social, como ocorre em um Estado Federal como o nosso. No desenvolvimento do texto isso ficará mais nítido.

O Novo Marco Legal do Saneamento Básico - NMLSB, enquanto quadro normativo que estrutura uma política pública que busca universalizar um direito fundamental social, para tanto trazendo novos arranjos jurídicos-institucionais será, portanto, objeto de análise na perspectiva de que o “desenho jurídico-institucional abrange as soluções jurídicas adotadas para um problema”¹².

Com a racionalidade dogmática procuraremos então encaminhar a problemática a partir do enquadramento do saneamento básico como direito fundamental social da Constituição de 1988 para em seguida analisar sua estruturação jurídica enquanto política pública e os paradigmas jurisprudenciais que moldam, de alguma maneira, a disciplina do tema proposto.

Pois bem, a Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 constituiu o que se convencionou chamar de Novo Marco Legal do Saneamento Básico-NMLSB. Em verdade, a novel legislação não promoveu a revogação da Lei nº 11.445/2007, que veicula as diretrizes nacionais para o setor¹³. Trouxe, contudo, modificações relevantes nesta lei e em outros diplomas legais correlatos, além de prescrever dispositivos próprios, tudo com o objetivo declarado de aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no país.

Além da lei nacional do saneamento básico, as inovações veiculadas pelo NMLSB alcançaram também: a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 que instituiu e disciplina as atribuições da ANA; a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003 que dispõe sobre o quadro de pessoal da própria Agência; a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 (Lei dos Consórcios Públicos); a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões; e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017 para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

¹¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portela; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). Op. cit.

¹² MARINA, Feferbaum; RABELO, Queiroz Rafael Mafei (coord.). Op cit.

¹³ A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 fixa as diretrizes nacionais e a política federal para o saneamento básico e era comumente referida como Lei Nacional do Saneamento Básico – LNSB. Também reconhecida, desde sua origem, como instituidora do marco legal do setor.

É possível extrair desse feixe de alterações legislativas o eixo das principais inovações que, de algum modo se articulam, e podem ser sintetizadas a seguir.

O NMLSB inicialmente obriga que os contratos prevejam metas de universalização dos serviços de saneamento que são extremamente desafiadoras. Procuram garantir o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como estabelece metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento¹⁴

Amplia o leque de possibilidades para concessões e parcerias público-privadas, vedando a utilização dos contratos de programa, sem licitação, com empresas públicas estatais, sob a promessa de que uma maior concorrência no setor trará mais investimentos e maior eficiência na prestação dos serviços.

Confere à Agência Nacional de Águas - ANA¹⁵, autarquia reguladora independente que compõe a administração indireta da União, a atribuição de órgão regulador central do saneamento básico, com a tarefa de harmonizar a regulação no setor, pela competência que lhe é atribuída de emissão de normas de referência regulatória, que alcança as diversas entidades reguladoras subnacionais em busca de maior segurança jurídica e uniformidade.

Aproxima, por uma gestão mais articulada, a administração dos recursos hídricos e do saneamento básico, com maior participação da União na coordenação dessas atividades interdependes.

Por fim, adota como princípio a regionalização dos serviços de saneamento básico, veiculando novos arranjos jurídico-institucionais, bem como reforça alguns aspectos da gestão associada, como modelos que estariam aptos a proporcionar maiores ganhos de eficiência técnica e econômica, potencializando o desenvolvimento do setor.

O problema central a ser enfrentado aqui diz respeito à instituição desses novos arranjos jurídico-institucionais para prestações regionalizadas e sua compatibilidade com o desenho do Estado Federal disciplinado na Constituição de 1988.

É que o NMLSB - para além de replicar a previsão constitucional de instituição de regiões metropolitanas, aglomeração urbana ou microrregião, unidades instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da CF88 - veicula duas novas figuras de prestação regionalizadas: a) a unidade regional de saneamento básico, instituída pelos

¹⁴ Art. 11-B da LNSB, com redação da Lei 14.026, de 15 de julho de 2020.

¹⁵ Com a Lei 14.026, de 15 de julho de 2020 a ANA passou a ser denominada de Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes; b) o bloco de referência, agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União, na omissão dos estados, e criados por gestão associada.

Investiga-se, portanto, se esses arranjos e demais alterações legais interligadas, que conferem maior centralidade à União na estruturação jurídica da política pública de saneamento, são compatíveis com a configuração do Estado Federal brasileiro e a autonomia de seus entes, notadamente o Município, que detém a titularidade ordinária dos serviços de saneamento, mercê do interesse local que preside a questão. O problema indicado se coloca especialmente à luz da vertente do federalismo de cooperação encampada pela Constituição Federal de 1988.

O desafio de universalizar os serviços públicos de saneamento básico num país com as assimetrias regionais, econômicas e sociais do Brasil, aliado aos percalços próprios da composição de um grupamento de integração de entes federais diversos, “tem muito a nos ensinar sobre a evolução do pacto federativo brasileiro”¹⁶.

Antes de articular a estruturação da análise aqui empreendida calha realizar, todavia, um corte metodológico sobre a ampla definição legal de saneamento básico.

Horácio Corti anota que “las autoridades crean textos jurídicos que contienen formulaciones normativas y definicionales” e que todo “el vocabulario de los textos jurídicos revela esquemas conceptuales que categorizan la realidad”¹⁷.

A Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB traz em seu plano prescritivo algumas definições, dentre as quais, o conceito do próprio saneamento básico. Nesse ponto adota acepção legal ampla, definindo-o como: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como drenagem e manejo das águas pluviais urbanas¹⁸.

A abordagem será focada aqui sobre os serviços de água potável e esgotamento sanitário. Trata-se de significativa delimitação do objeto na consideração de que os demais componentes da definição legal de saneamento básico, por suas características, alargariam demasiadamente o espectro do presente trabalho além de possui características diversas, que repercutem em diferentes modalidades de execução dos serviços, de sustentação financeira, de regulação e

¹⁶ FORTINI, Cristiana; BORELLI, Raul. **A atuação institucional da ANA no setor de saneamento básico**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coords). *O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 263.

¹⁷ CORTI, Horacio. *Normas y aparatos conceptuales: dos aspectos del derecho (a partir de la lectura de una frase de Alchourrón y Bulygin)*. **Isonomía**, n. 45, p. 141-188, 2016.

¹⁸ Art. 3º, I, da Lei nº 11.445/2007 (LNSB) reformulada pela Lei nº 14.026, de 2020 (NMLSB).

sobretudo do encaixe na categoria de direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1988.

Já o saneamento básico, na vertente dos serviços de água e esgoto, por serem prestados em rede e interligados a usuários mediante vínculo de adesão à disponibilidade dos serviços, guardam semelhanças que possibilitam uma perspectiva de análise uniforme, sobretudo por sua categorização como direitos humanos, bem assim como direitos fundamentais sociais e as repercussões daí decorrentes, como será demonstrado.

Nesse passo, o presente texto está estruturado em três capítulos.

No primeiro, procuramos contextualizar o saneamento básico como um direito humano reconhecido no plano internacional, trazendo os esforços em torno dessa pauta no concerto das nações, bem como a influência das medidas e eventos internacionais no âmbito jurídico interno. Abordamos em seguida as conexões e diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais para, marcando os contornos desses últimos, analisá-los à luz da ordem constitucional brasileira em vigor.

Uma primeira observação se impôs quanto à Constituição Federal do Brasil. É que além de um rol extenso de direitos fundamentais estabelecidos, dentre eles diversos direitos sociais, há positivada uma cláusula de abertura material no § 2º do art. 5º que possibilita o reconhecimento de novos direitos fundamentais.

Buscamos então critérios minimamente consistentes para investigar o possível reconhecimento do direito ao saneamento básico como um direito fundamental social referido à nossa Constituição. A tarefa foi desenvolvida com a preocupação de não banalizar a identificação dos direitos fundamentais a partir do enunciado positivo de abertura, mas procurando revelar que, para o saneamento básico, há critérios jurídicos consistentes para tal enquadramento. Em consequência da categorização trouxemos algumas considerações, ainda nesse capítulo, sobre o âmbito de proteção do direito fundamental ao saneamento básico.

O reconhecimento como direito fundamental, contudo, perpassa toda a análise aqui empreendida, porque sendo aplicado o regime de direitos fundamentais, há garantias próprias dessa categoria de direitos que se projetam nos diversos aspectos da legislação setorial e na interpretação que se faz dela.

Um segundo capítulo gira em torno da hipótese que encaminha o problema proposto. Nele nos debruçamos inicialmente sobre o Estado Federal, sua tipologia e fases para, em seguida, discorrer sobre o federalismo brasileiro instituído pela CF88 e seu compromisso de cooperação.

Assim, interessa considerar que o federalismo em geral, e especialmente no Brasil após a Constituição de 1988, bem como pela posterior inserção nela do art. 241 (Redação dada pela EC nº 19, de 1998), sofreu alterações significativas em direção a um modelo cooperativo, que não permite mais enxergar a distribuição de competência como ferramenta de contenda entre o ente central e os entes locais¹⁹. O vetor, portanto, é de busca comum pela realização, mais adequada e eficiente, dos objetivos constitucionais.

Tentamos demonstrar, finalmente, a partir do princípio da subsidiariedade como mandamento de otimização, que a descentralização muitas vezes exige maior coordenação e suporte de entes maiores para consecução dos objetivos constitucionais, no sentido de superar deficiências históricas, econômicas e administrativas na implantação eficaz de direitos fundamentais sociais.

Em razão do federalismo de cooperação que marca o desenho do Estado Federal brasileiro procuramos estabelecer as relações desse modelo com os desafios atuais do setor de saneamento, que possui competências complexas, mas que permite novos arranjos para enfrentamento dos desafios atuais. Nesse caminho, coube contextualizar aspectos da nossa federação conjugada com a titularidade e competência dos serviços de saneamento básico para, então, explorar as inovações veiculadas pela Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.

Nessa perspectiva, cabe referir que, quanto à titularidade e atribuição para a prestação de serviços de saneamento básico, a Constituição Federal de 1988 trouxe “uma sofisticada conjugação de técnicas de repartição de competências no Estado Federal.”²⁰ Conflitos envolvendo essa teia de competências chegam ao Supremo Tribunal Federal que possui julgados paradigmáticos sobre a questão, que farão parte do material argumentativo aqui alinhado.

Com efeito, os dados sobre a efetivação da política pública de saneamento, até aqui no Brasil, justificam a instituição de novas fórmulas jurídica institucionais que possibilitem um maior alcance e efetividade dos serviços de saneamento básico. O desafio é construir arranjos com estruturação jurídica que guardem pertinência com o desenho do Estado Federal disposto na nossa ordem constitucional. Alguns caminhos serão apontados nesse sentido.

Em um terceiro capítulo, expomos as principais inovações do Novo Marco Legal do Saneamento Básico - NMLSB, discorrendo sobre o estado da arte da nova legislação setorial,

¹⁹ KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2008. p. 42.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, agosto/setembro/outubro. 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >. Acesso em: 01 de abr. 2021.

na certeza de que o problema central que trazemos está conectado com o eixo das principais modificações conduzidas pela reforma setorial.

A competência, a titularidade dos serviços e a diretriz de regionalização são desenvolvidas inicialmente, porque perpassam toda a nova estruturação do setor. As modalidades de regionalização são então classificadas para melhor compreensão dos novos arranjos jurídicos institucionais veiculados, notadamente as unidades regionais de saneamento e os blocos de referência. As regiões metropolitanas e a gestão associada são igualmente abordadas à luz das transformações setoriais.

A maior centralidade da União na coordenação intersetorial entre a política pública de recursos hídricos e o saneamento; a ampliação à participação privada e a inserção da concorrência pelo mercado em busca de investimentos; o papel regulatório da ANA, com a emissão de normas de referência regulatória; a sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços, com a necessidade de fomento e subsídios; a amarração com as metas de universalização do direito fundamental ao saneamento; todas essas questões conectam-se e são abordadas como parte do enfrentamento do problema proposto.

Por fim, dedicamos um capítulo derradeiro, antes das considerações finais, sobre a judicialização do NMLSB e a deferência do STF à formulação da política pública de saneamento. Nesse passo, trazemos ainda o enfrentamento pela Suprema Corte do arranjo metropolitano de Maceió, porque se revelou importante paradigma para novos desenhos de arranjos jurídicos regionais e contextualiza, na prática, algumas dificuldades federativas que envolve a política pública de saneamento básico. Com isso, espera-se contribuir, ao final, com algumas conclusões em torno da implementação universal do direito fundamental ao saneamento básico na complexa estrutura federativa brasileira.

2 O SANEAMENTO BÁSICO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL.

A categorização inicial do saneamento básico como direito fundamental social servirá como fio condutor da análise aqui proposta. Para tanto, procuramos contextualizar o saneamento básico como um direito humano reconhecido no plano internacional, trazendo os esforços em torno dessa pauta no concerto das nações, bem como a influência das medidas e eventos internacionais no âmbito jurídico interno como um reforço argumentativo de partida para o reconhecimento desse bem da vida como um direito fundamental social garantido pela Constituição Federal de 1988.

Trataremos então das conexões e diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais para, marcando os contornos desses últimos, analisá-los especificamente à luz da ordem constitucional brasileira em vigor que, além de um rol extenso de direitos fundamentais estabelecidos, dentre eles diversos direitos sociais, possui uma cláusula de abertura material no § 2º do art. 5º possibilitando o reconhecimento de novos direitos fundamentais. Em seguida abordaremos alguns aspectos do âmbito de proteção desse direito fundamental social.

2.1 O direito à água potável e ao saneamento na perspectiva dos direitos humanos.

Localizar o direito à água potável e ao saneamento no âmbito dos direitos humanos contribui para marcar a essencialidade desses direitos e descortinar sua feição no plano constitucional brasileiro, bem como auxilia na compreensão da estrutura jurídica da política pública setorial, porque os direitos humanos muitas vezes pautam ações dos governos nacionais especialmente na seara jurídica.

É inegável que a noção e os fundamentos dos direitos humanos recebem o influxo de diversas correntes teóricas e filosófica. Não cabe nos objetivos dessa abordagem discorrer sobre elas, mas é válido apresentar uma definição de direitos humanos. Nesse sentido, empregamos a conceituação de direitos humanos como:

“um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos no âmbito nacional e internacional”²¹

Na significação de direitos humanos “é a ideia de inclusão jurídica como acesso ao direito que é central”. Há, portanto, na noção de direitos humanos uma “pretensão de validade universal” na consideração de que todo ser humano é seu destinatário.²²

Diversas fontes do direito internacional público alçaram o direito à água e ao saneamento como direitos humanos com a pretensão de os universalizar, dada a vinculação desses direitos à dignidade da pessoa humana em seus múltiplos aspectos, como saúde, habitação, sustentabilidade ambiental, erradicação da pobreza e superação das desigualdades espacial e humana.

²¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Direitos humanos, Estado de direito e Constituição**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021, p. 31.

²² NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, v. 4, p. 1-35, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 21 de out. 2021.

A água e o saneamento foram objetos de vários eventos no plano internacional. É possível elencar um inventário de conferências, convenções, relatórios e resoluções da ONU tratando da matéria, seja como objeto principal, ou de forma transversal, mercê da relação estreita com meio ambiente e combate às desigualdades econômica e social.²³

Importa, contudo, o registro de que em 28 de julho de 2010, por meio da Resolução 64/292 - após externalizar a profunda preocupação com aproximadamente “884 milhões de pessoas que não têm acesso a água potável e mais de 2,6 bilhões de pessoas que não têm acesso ao saneamento básico” e ainda com a situação alarmante de que “morrem todos os anos aproximadamente 1,5 milhão de crianças com menos de 5 anos de idade e são perdidas 443 milhões de dias letivos como resultado de doenças relacionadas à água e saneamento” - a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu explicitamente o direito humano à água e ao saneamento e assentiu que tanto a água potável como o saneamento são essenciais para a realização de todos os direitos humanos.²⁴

Em 30 de setembro do mesmo ano, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, referindo-se ao então reconhecimento explícito do direito à água e ao saneamento como direitos humanos, veicula, através da Resolução 15/9, que “o direito humano à água potável segura e ao saneamento deriva do direito a um nível de vida adequado e está inextricavelmente associado ao direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental, ao direito à vida e à dignidade humana.”²⁵

Nesse cenário, universalizar o acesso à água e ao saneamento passou a ser um dos Objetivos da Agenda2030 para o Desenvolvimento Sustentável – ODS. Assim, foi estruturado em setembro de 2015, um plano de ação, por representantes dos 193 Estados-membros da ONU, que se reuniram em Nova York e reconheceram que a erradicação da pobreza, em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável.

²³Com relação ordenada dos antecedentes históricos e a evolução do reconhecimento do direito humano à água e ao saneamento vale consultar o seguinte informativo: ONU, Organizações das Nações Unidas. **The Human Right to Water and Sanitation Milestones**. Disponível em: <https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones.pdf> Acesso em: 27 de out. 2021.

²⁴ONU, Assembleia Geral. **Resolução 64/292, de 28 de julho de 2010**. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S> Acesso em: 26 de out. de 2021.

²⁵ONU, Conselho de Direitos Humanos. **Resolução 15/9, de 30 de setembro de 2010**. Disponível: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/RES/15/9&Lang=S> Acesso em: 27 de out. 2021.

O plano indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e estabelece 169 metas. O objetivo 6 busca assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e o saneamento para todos. Suas respectivas metas estabelecem como marco o ano de 2030 e estão dispostas a alcançar o acesso universal e equitativo da água e do esgotamento, bem como “acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade”²⁶.

O plano de metas tem ainda como alvos a melhoria da qualidade da água, a diminuição da poluição, o aumento da eficiência e a sustentabilidade para enfrentamento da escassez, a restauração de ecossistemas e a cooperação transfronteiriça e internacional, sem descuidar do apoio às comunidades locais, no intuito de melhorar a gestão e promover a integração.

Interessa ainda mencionar a Resolução 70/169 da Assembleia Geral da ONU de 17 de dezembro de 2015 que já mencionando a Agenda2030, bem como o respectivo Objetivo 6 e suas metas, exorta os Estados nacionais a que garantam “a realização progressiva dos direitos humanos à água potável e saneamento para todas as pessoas de forma não discriminatória, eliminando, ao mesmo tempo, as desigualdades de acesso”.²⁷

Conquanto o reconhecimento do acesso à água e ao saneamento como direitos humanos já estejam presentes nessas fontes formais do direito internacional público e inclusive contem com plano de ações e metas já delineados para sua concretização no concerto das nações, a efetivação dessas prestações positivas ocorre no âmbito dos Estados aderentes, com reconhecimento pelos organismos internacionais do respeito “ao espaço político e a liderança de cada país para estabelecer e implementar políticas”.²⁸

No plano internacional, o reconhecimento do direito humano à água e ao saneamento, bem como os compromissos para sua universalização, aqui expostos, constam, porém, apenas em *soft law*²⁹, não adquirindo ainda a forma de tratado com seu possível caráter imperativo, quando internalizado.

²⁶ONU, Organização das Nações Unidas. **Agenda2030**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 27 de out. 2021.

²⁷ONU, Assembleia Geral. **Resolução 70/169**. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf>. Acesso em: 27 de out. 2001.

²⁸ Trata-se de observação registrada na própria Agenda2030 como diretriz sistêmica e de coerência política e institucional. Ibid.

²⁹ Adota-se aqui a acepção de *Soft Law* delineada por: PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. Bahia: JusPODIVM, 2009, p. 86. Para o autor, trata-se de fonte formal extrastatutária do direito internacional público, mas que se caracteriza como “preceitos que ainda não se transformaram em normas jurídicas ou cujo caráter vinculante é muito débil”.

Essa aliás é uma característica dos direitos de prestação positiva, quando vistos pela ótica do Direito Internacional. Como anota Christian Starck “As experiências até agora mostram, contudo, que as garantias dos direitos sociais vinculados ao direito internacional são totalmente dependentes da boa vontade de cada estado aderente.”³⁰

Há evidente precariedade de institucionalização desses direitos humanos sociais, que demandam prestações positiva e custos financeiros elevados “e a perspectiva de sua positivação e implementação processual em extensão mundial são negativas”³¹.

A partir da perspectiva de sua positivação, institucionalização e implementação processual em escala mundial, seria possível então localizar direitos humanos fortes e direitos humanos frágeis. Aqueles, vinculados aos direitos negativos, em geral proibitivos de ações violentas e que contam com uma estruturação mais avançada no âmbito do direito internacional público. Os direitos humanos frágeis, vinculados aos direitos positivos (direitos sociais) e aos direitos de terceira dimensão, seriam caracterizados por uma maior debilidade no cenário internacional.³²

Quanto à efetividade no cenário internacional, sem desconsiderar que ambos possuem aspectos simbólicos e que jogam, em maior ou menor medida, com algum desapontamento, Marcelo Neves anota que os direitos humanos frágeis carecem de institucionalização jurídica e de condições de implementação processual e assim não cruzaram “a porta do sistema jurídico no âmbito abrangente da sociedade mundial”, enquanto os direitos humanos fortes “já ultrapassaram essas fronteiras e lutam, antes, por concretização e efetivação”³³

Em que pese as características dos direitos sociais no plano internacional, não se pode negar a influência e o direcionamento que, muitas vezes, eles ensejam no sentido de um movimento positivo para reconhecimento e implantação de direitos.

Assim, é válido direcionar a análise para o plano interno, no intuito de tentar descortinar em que medida os direitos humanos à água e ao saneamento estão posicionados na Constituição brasileira de 1988.

2.2 Os direitos fundamentais e a cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da CF88

³⁰ STARK, Christian. **Direitos sociais em tratados internacionais, constituições e leis**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a JJ Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 281.

³¹ NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, v. 4, p. 1-35, 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 21 de out. 2021.

³² Ibid.

³³ Ibid.

Inicialmente revela-se pertinente delimitar, terminológica e conceitualmente, em que sentido tomaremos a expressão direitos fundamentais. Deixemos assentado desde já que o objeto dessa investigação é uma análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais, a partir da Constituição brasileira. Abordaremos, portanto, direitos fundamentais positivos vigentes desse determinado ordenamento jurídico.

Isso não significa perder de vista que os direitos fundamentais são objetos de teorias histórico-jurídicas, teorias filosófico-jurídicas (voltadas aos direitos fundamentais *per se*), ou de teorias sobre direitos fundamentais de outras constituições, bem como que essas abordagens e suas conexões podem contribuir no processo interpretativo.³⁴

Nesse sentido, valemo-nos do critério da concreção positiva para adotar a acepção de direitos fundamentais como direitos institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito constitucional positivo do Estado “delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”³⁵.

Prezando por maior precisão na linguagem descritiva cumpre, diante de certa ambiguidade terminológica, diferenciar direitos humanos dos direitos fundamentais. A diferenciação, embora não desconsidere a conexão entre essas categorias, parece relevante para a própria conceituação dos direitos fundamentais. Serve ainda para a análise das respectivas efetividades, à luz do plano interno e internacional, bem como para marcar a ausência de uma identidade necessária entre direitos humanos e direitos fundamentais (constitucionalmente positivados).

Assim, os direitos humanos seriam aqueles direitos e situações jurídicas “que se reconhece ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinada ordem constitucional.” Os direitos fundamentais, por sua vez, seriam aqueles reconhecidos e positivados pela constituição de determinado Estado.³⁶ São, portanto, “situações jurídicas objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”³⁷.

³⁴ Ressalva que apanhamos em ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 32. O autor, embora centrando a referida obra na Constituição alemã, formulou teoria que tem influenciado a dogmática constitucional de diversos países.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005, p. 37. O critério da concreção positiva é referido e adotado igualmente pelo autor, mas tem a origem, reconhecida por ele, no desenvolvimento da temática dos direitos fundamentais e sua distinção terminológica dos direitos humanos empreendida por Antonio Henrique Perez Luño, jurista hispânico, na obra *Los derechos fundamentales*: 6. Ed. Tecnos, 1995.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang., op. cit., p. 36. O autor faz ainda a distinção entre Direitos do Homem (como direitos naturais não positivados ou em vias de sê-lo) e Direitos Humanos (como aqueles veiculados por documentos de direito internacional, ou seja, positivados no plano internacional).

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 179.

Nessa linha, é suficiente “comparar as normas internacionais e o direito brasileiro para perceber que esse último é muito mais completo.”³⁸ O caso dos direitos fundamentais da Constituição brasileira seria exemplo de um rol, em geral, bem além daqueles contemplados nos documentos históricos de direitos humanos. Igualmente, se comparado com outras constituições, percebe-se que se estabeleceu um amplo catálogo de direitos fundamentais que deve ser levado em conta por qualquer construção dogmática que parta da Constituição de 1988.

A nossa Constituição adotou aceção ampla dos direitos fundamentais, tendo em vista que se encontra sob o enunciado de direitos fundamentais do Título II da Carta os direitos individuais, os direitos coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e relativos aos partidos políticos, conforme prescrevem os vários capítulos do referido título.

Além desse amplo catálogo de direitos fundamentais estabelecidos, há cláusula de abertura na Constituição (art. 5º, § 2º) prescrevendo que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Esse enunciado desafia uma estruturação quanto à fundamentalidade dos direitos e torna mais complexa, entre nós, a adoção de determinado critério (formal ou material) para definição do posicionamento dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional.

Por conta da abertura material positivada, o critério formal, que impõe considerar direitos fundamentais tão-somente aqueles reconhecidos expressamente como tais na constituição, não se mostra suficiente. Justamente, porque o art. 5º, § 2º da CF88 traz o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, que compreende direitos não expressamente estabelecidos ou positivados.

Daí, partindo da própria Constituição, temos como precisa para a nossa ordem constitucional a definição de direitos fundamentais de Ingo Sarlet, que conjuga os dois critérios (formal e matéria):

“Direitos Fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).”³⁹

³⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 43.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89. Importa destacar que o autor faz menção à obra de Robert Alexy como sua referência teórica para a proposta de definição aqui exposta.

A abertura material, que parte do próprio texto positivado da CF88, carrega importantes implicações na caracterização dos direitos fundamentais, demandando classificá-los à luz dessa abertura, a fim de extrair o sentido e o alcance com ela compatíveis.

Um efeito essencial da cláusula de abertura é que os direitos fundamentais da Constituição brasileira não se limitam àqueles estabelecidos no catálogo do Título II. Além dos direitos fundamentais do catálogo (expressos ou implícitos) é possível reconhecer direitos fundamentais fora do catálogo (igualmente expressos ou implícitos).⁴⁰ Trata-se de “uma autêntica norma geral inclusiva”⁴¹.

Consagra-se assim um sistema aberto de regras e princípios com flexibilidade para absorver e desenvolver novos conteúdos desde que vinculados à própria ordem constitucional estabelecida. É possível, portanto, identificar direitos fundamentais positivados dispersos pela Constituição, portanto fora do catálogo do Título II, ou em tratados internacionais e ainda direitos fundamentais não-escritos “implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.”⁴²

Nessa trilha, há quem adote a terminologia de direitos fundamentais atípicos para designar, em contraste aos estabelecidos, os direitos materialmente fundamentais não expressamente prescritos no Título II da CF88. Reconhece-se igualmente que a Constituição positivou cláusula de não tipicidade, que embora da nossa tradição, porque presente em Constituições anteriores, adquire significado especial em face das características da ordem constitucional cidadã em vigor.⁴³

2.3 Saneamento básico como um direito fundamental social na CF88

Considerada a abertura ou não tipicidade dos direitos fundamentais no Brasil, importa então perquirir se é possível reconhecer o direito à água potável e ao saneamento como direitos fundamentais na Constituição Federal 1988. Uma primeira nota, com repercussão no ônus ar-

⁴⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 5, n. 20, p. 145-165, 2007.

⁴¹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 206.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang., op. cit., p. 83.

⁴³ MELO, Luiz Carlos Figueira de; SANTOS, Eduardo Rodrigues dos; SANTOS, Priscylla Rodrigues dos. O direito fundamental de acesso à água potável e o decorrente dever fundamental do Estado de fornecimento: análise à luz do § 2º do art. 5º, da CF/88. **Forum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 49-59, abr./jun. 2015.

gumentativo para se demonstrar esse possível reconhecimento, é que o direito à água e ao saneamento, pelas características de prestações positivas, devem ser analisados à luz do conceito de direitos fundamentais sociais ou simplesmente direitos sociais.

Por previsão expressa na CF88 (art. 6º) partiremos, sem maiores digressões, da consideração de que os direitos sociais são uma dimensão dos direitos fundamentais⁴⁴. Aliás, caracteriza a nossa Constituição a previsão de extenso rol deles. O que a diferencia de outras constituições contemporâneas.

Os direitos sociais constituem prestações positivas estatais “direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”⁴⁵

Robert Alexy conceitua os direitos sociais, também designado por ele de “direitos a prestação em sentido estrito”, como “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.”⁴⁶ É da natureza desses direitos demandarem “prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação de meios e recursos”.⁴⁷

Apresentados esses contornos iniciais dos direitos sociais e considerando que a CF88 não traz, estabelecido no rol de direitos fundamentais sociais expressos, o direito à água potável e ao saneamento, procuraremos investigar se, com suporte na cláusula de abertura material, é possível reconhecê-los como prescritos pela nossa Constituição.

Nesse caminho, é cabível expor que da cláusula de abertura do § 2º do art. 5º, da CF/88 é possível extrair quatro possibilidades constitucionais de reconhecimento de direitos fundamentais atípicos: 1) direitos expressos no texto constitucional, mas fora do catálogo do Título II; 2) direitos implícitos; 3) direitos decorrentes do regime e dos princípios e adotados pela Constituição; 4) direitos advindos dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.⁴⁸

⁴⁴ Não comporta nesse texto discorrer sobre as dimensões ou gerações dos direitos, porque, embora seja classificação corrente, diverge de autores e há mesmo quem até questione sua terminologia e utilidade.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da., op. cit., p. 286.

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 499.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35ª. Ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 579.

⁴⁸ Esse elenco de possibilidades é também apresentado por SARLET, Ingo Wolfgang., op. cit., p. 100. No mesmo sentido por MELO, Luiz Carlos Figueira de; SANTOS, Eduardo Rodrigues dos; SANTOS, Priscylla Rodrigues dos., op. cit.

Diante da estruturação dessas possibilidades haveria uma ordem de preferência em prol dos direitos positivados, conquanto fora do catálogo do Título II da CF88. Esse é o posicionamento de Ingo Sarlet e que será aqui adotado. Na identificação desses direitos fundamentais cumpre, portanto, “ater-se preferencialmente à Constituição, iniciando pelos expressamente positivados (ainda que fora do catálogo)”⁴⁹.

O reconhecimento desses direitos a partir da cláusula de abertura exige, ademais, critérios vinculados à Constituição e minimamente estruturados, a fim de se evitar teses expansionistas em que “tudo se reconduza aos direitos fundamentais, ao invés de reforçar a importância desses direitos, banaliza-os, retira-lhes a dignidade de fundamentalidade”⁵⁰

Adotaremos então o modelo referencial para conceituação material de direitos fundamentais, conforme proposto por Ingo Sarlet, que apresenta o critério da equivalência em integração com o princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, somente poderão ser reconhecidos como direitos fundamentais “os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo”. Porém, não só. O direito a ser reconhecido como fundamental “deve, necessariamente, ser reconduzível de forma direta e corresponder ao valor maior da dignidade da pessoa humana.”⁵¹

A tarefa de reconhecimento parte do direito constitucional positivo, e deve ser empreendida, não de forma isolada, com vinculação a um ou outro preceito do catálogo, mas de modo integrado. Característica aliás do próprio regime de direitos fundamentais.

Posto isso, passemos ao enquadramento do direito à água e ao saneamento, conforme os critérios anunciados. Iniciaremos pela caracterização do direito à água potável e ao saneamento como direitos escritos fora do catálogo de direitos fundamentais da CF88 e, em seguida, marcaremos suas notas de fundamentalidade.

Ao percorrermos o texto constitucional observamos que há enunciado com a expressão “saneamento básico” no Título que trata da Organização do Estado; no Título que disciplina a Ordem Social; e mais recentemente nas disposições transitórias, por inserção de dispositivo específico pela EC nº 99/2017.

Cumprе esclarecer que a expressão “saneamento básico” tem significação técnica e nesse sentido deve ser lida. A presente abordagem, como já referido na introdução, tem como centro os direitos à água potável e ao esgotamento sanitário. Doravante, quando mencionarmos

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 152.

⁵⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 5, n. 20, p. 145-165, 2007.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang., op. cit., p. 104 e 127.

saneamento básico compreenda-se água e esgotamento sanitário, porque esse é um dos sentidos da expressão na nossa ordem jurídica positiva e que será aqui trabalhado.

Pois bem, no tratamento constitucional da matéria coube à União fixar a lei nacional de diretrizes para desenvolvimento do saneamento básico por força da competência legislativa conferida pelo art. 21, XX da CF88. Houve ainda previsão de competência comum dos entes federados para promover melhoria das condições de saneamento básico, conforme art. 23, IX. Na ordem social, por sua vez, a Constituição atribui competência ao SUS para participar na formulação da política e na execução das ações de saneamento básico (art. 200, IV).

Percebe-se que a Constituição veicula em seu texto obrigações relacionadas ao saneamento básico, que podem ser traduzidas em prestações estatais fáticas e, também, normativas e organizacionais. Características específicas voltadas ao reconhecimento e implementação de direitos sociais que, no peso da análise de Robert Alexy, estão representadas muitas vezes na “possibilidade de encontrar na Constituição uma série de pontos de apoio, formulados de forma objetiva, para uma interpretação orientada a direitos a prestações”⁵².

Os direitos sociais ademais “impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos”⁵³ que, no caso da Constituição brasileira, em relação ao saneamento básico, são expressos tanto no Título referente à Organização do Estado, como no Título que disciplina a Ordem Social.

Essa referência ao saneamento básico, nos termos em que posta no texto constitucional, parece não deixar dúvidas de que se trata de um direito social escrito, embora fora do catálogo dos direitos fundamentais da CF88.

Resta saber se o saneamento básico atende ao critério da equivalência em conteúdo e importância e se pode ser atribuído à dimensão da dignidade da pessoa humana para se fechar o ônus argumentativo e assim o reconhecer como direito fundamental social atípico.

Em pleno século XXI o Brasil conta com aproximadamente 35 milhões de brasileiros (16% da população) sem acesso à água tratada e quase 100 milhões (45% da população) com ausência de coleta de esgoto.⁵⁴ A repercussão desses índices alcança negativamente diversos direitos sociais além de representar um traço significativo do nosso subdesenvolvimento humano, ambiental, social e econômico.

⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. Malheiros. 2015, p. 435.

⁵³ *Ibid.*, p. 444.

⁵⁴ BRASIL, Trata. Instituto Trata Brasil. **Principais Estatísticas**. Fonte: Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS 2020. Disponível em: < <https://tratabrasil.org.br/principais-estatisticas/> >. Acesso em: 19 set. 2022.

Estudo recente indica que em 2020 houve no Brasil mais de 167 mil internações por doenças de veiculação hídrica (diarreicas, dengue, leptospirose, esquistossomose e malária). No mesmo período, a falta de saneamento básico fez o Brasil gastar mais de R\$ 70 milhões de reais com hospitalizações no SUS.⁵⁵ Ainda vinculado à saúde pública basta observar a importância do fornecimento de água limpa e das condições sanitárias para o enfrentamento da pandemia do COVID19.

Nesse sentido, Gilmar Mendes aponta que é tão estreito o vínculo entre saneamento básico e saúde pública que a Constituição Federal no art. 200, IV atribui competência ao SUS para participar na formulação da política e na execução das ações de saneamento básico.⁵⁶

É válido mencionar que a previsão expressa do direito social à alimentação no art. 6º da CF88 constitui igualmente referencial de equivalência material com o direito ao saneamento básico, haja vista que o fornecimento seguro e regular de água limpa e o esgotamento sanitário sustentável evitam “contaminações químicas e microbiais, além das preocupações com a promoção da educação sanitária, imunização e abastecimento dos medicamentos essenciais a toda a população”⁵⁷.

Melhores condições de saneamento básico implicam em avanços na erradicação da pobreza e na superação das desigualdades espaciais e humanas, ampliando as condições de desenvolvimento e de competição com um mínimo de igualdade material necessária. Há dados que revelam no um Brasil maior déficit de saneamento básico nas regiões menos desenvolvidas com consequências intercambiáveis em habitação, escolaridade, renda e saúde.⁵⁸

Em razão do insumo água e da complexa rede que envolve os serviços de saneamento básico, com utilização significativa dos recursos hídricos, em situação de escassez cada vez mais recorrente, há conexão evidente também com o direito fundamental ao meio ambiente

⁵⁵BRASIL, Trata. Instituto Trata Brasil. **Principais Estatísticas**. Fonte: DATASUS, 2020. Disponível em: < <https://tratabrasil.org.br/principais-estatisticas/saude/> >. Acesso em: 19 set. 2022.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Regiões metropolitanas e saneamento público**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; et al. (Coord). *Direito Público em Evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*: Fórum, 2013. p. 685-698.

⁵⁷ MOTTA, Ivan Martin; VILLAS BÔAS, Regina Vera. **O direito humano ao saneamento básico, os direitos constitucionais fundamentais e a indispensabilidade da concretização da política nacional de saneamento básico: as primeiras impressões sobre a Lei 14.026/2020**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coord). *O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 147.

⁵⁸ Novo relatório comprova que os ganhos com a expansão da infraestrutura de água tratada e esgotamento sanitário superariam em muito os custos da universalização dos serviços. BRASIL, Trata. Instituto Trata Brasil. **Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento Brasileiro**. Disponível em:< <https://tratabrasil.org.br/beneficios-economicos-e-sociais-da-expansao-do-saneamentobrasileiro/>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

sustentável, “uma vez que a captação de água para abastecimento público e a disposição final dos esgotos sanitários em corpos hídricos impactam diretamente esse recurso ambiental”⁵⁹.

Todas essas conexões do direito ao saneamento básico, perpassando diversos direitos sociais, com consequências simultâneas que vão da saúde à alimentação, da implementação de maior igualdade à concretização do meio ambiente sustentável, tornam pertinente a observação de que “a efetividade dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário integra, direta ou indiretamente, o âmbito normativo de diversos direitos fundamentais (mas especialmente dos direitos sociais)”⁶⁰.

Deve-se, contudo, ir além, em prol de reconhecer o saneamento básico como um direito social *per se*. Na consideração de que qualquer análise sobre ele conduz a uma vinculação com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos sustenta que a prestação do serviço de saneamento compõe a garantia do mínimo existencial, com potencial de serem exigidas do Estado para assegurar uma vida digna⁶¹.

Podemos concluir que restam satisfeitos o critério da equivalência, em integração com o princípio da dignidade da pessoa humana, para se afirmar que o direito ao saneamento básico (água e esgotamento sanitário) configura um direito fundamental social atípico, porque não previsto no catálogo do Título II da CF88, mas que pode ser referido a partir de seus enunciados expressos constantes no disciplinamento da organização do estado e da ordem social do texto constitucional brasileiro.

Reconhecer o direito ao saneamento básico como direito fundamental social, nesses termos, fortalece-o, enquanto categoria jurídica dotada de fundamentalidade, sem desconsiderar sua integração e interdependência para a realização progressiva dos demais direitos sociais.

Não se trata de direito implícito, subsistente enquanto campo de atuação alargado do direito à saúde ou outro direito social do catálogo, mas de direito novo cuja possibilidade de emancipação decorre da cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da CF88.

Esse enquadramento permite ao saneamento básico a aplicação do regime de direitos fundamentais, com posição privilegiada no sistema normativo, sujeito à aplicação imediata e

⁵⁹ GRANZIERA, Maria Luiza Machado e FERREZ, Daniela Malheiros. **O papel do saneamento básico na proteção dos recursos hídricos**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

⁶⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. SARLET, Ingo Wolfgang; **Direito Constitucional Ecológico. Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro Eletrônico (paginação irregular).

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2008, p. 281. A autora, contudo, faz essa construção no âmbito do direito à saúde.

proteção de seu núcleo essencial contra investidas do legislador ordinário. Seu caráter jusfundamental veda retrocessos e constitui referencial para interpretação e aplicação da legislação que estrutura juridicamente a política pública direcionada a sua realização.

O saneamento básico, nas suas dimensões conceituais de fornecimento de água limpa e esgotamento sanitário, sendo, ele mesmo, um direito fundamental social possui um âmbito de proteção. A seguir teceremos algumas considerações sobre esse aspecto do direito fundamental, notadamente em face de possíveis restrições a ele.

2.4 Restrições ao âmbito de proteção do direito fundamental ao saneamento básico.

O reconhecimento do saneamento básico como um direito fundamental social presente na CF88 traz algumas implicações relativas à própria qualificação jurídica estabelecida. Nesse sentido, torna-se indispensável discorrer sobre o que está protegido pelo regime da jusfundamentalidade, quais as restrições aceitáveis e como elas podem validamente ocorrer.

Parte-se da premissa de que mesmo em si tratando de direitos fundamentais, não estamos diante de um direito absoluto, mas de um direito que pode ser relativizado “diante de outro direito ou em favor de algum interesse social ou coletivo”⁶². Bens jurídicos outros “também revestido de envergadura constitucional podem justificar restrições aos direitos fundamentais”⁶³

Para tanto compete inicialmente reconhecer que há duas maneiras possíveis de compreender o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Uma, como âmbito de proteção restrito, e outra, como âmbito de proteção amplo. Naquela, a definição do âmbito de proteção ocorre de antemão e a definição de seus limites seria algo interno, imanente à própria configuração do direito. Já no âmbito de proteção amplo, há uma segmentação do objeto: “em primeiro lugar o direito em si e destacado dele suas restrições”⁶⁴

Na base dessas duas formas de compreensão estão as teorias interna e externa da limitação aos direitos fundamentais. Cabendo referir que a teoria externa representa a concepção

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 118.

⁶³ SARMENTO, Daniel. **Supremacia do interesse público? as colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 129-168. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1447/1501/3132>. Acesso em: 26 set. 2022.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 23-51, 2006. p. 38

que compreende o âmbito de proteção amplo e que admite restrição por meio de ponderação, tendo maior representatividade na doutrina e na jurisdição constitucional brasileira⁶⁵.

A concepção em torno do âmbito de proteção amplo pressupõe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva e, ao alargar em abstrato o âmbito de proteção, reconhece que os direitos fundamentais são restringíveis em concreto exigindo ainda um “ônus argumentativo àquele responsável pela restrição.”⁶⁶

Há um percurso a ser trilhado "da conversão de uma posição *prima facie* (âmbito de proteção) em um direito (ou garantia) definitivo"⁶⁷ e esse modelo além de possibilitar que esse caminho seja controlável “lida melhor com a colisão de direitos fundamentais e a necessária restrição deles em algumas situações”⁶⁸.

Essa compreensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais apresenta estreita sintonia com o modelo de princípios como “mandamento de otimização” na linha da distinção qualitativa das normas jurídicas como regras e princípios, que foi difundida entre nós, no sentido aqui propugnado, a partir da obra de Robert Alexy⁶⁹.

Assim, princípios e regras, embora normas jurídicas, possuem diferenças entre si e essas diferenças não são apenas de grau, mas lógico-estruturais, portanto, qualitativas. Com efeito, seguiremos com a compreensão de princípios como mandamentos de otimização. Como normas, portanto, que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” e que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em escalas diversas.⁷⁰

Princípios, portanto, serão compreendidos como “razões *prima facie*” que para se chegar ao direito definitivo transitam por uma relação de preferência que não deve comportar uma aferição em abstrato. As regras, por sua vez, se não houver uma exceção estabelecida constituem “razões definitivas”. O conflito entre estas últimas é solucionado assumindo uma das regras como cláusula de exceção da outra ou com a declaração de que uma delas não possui validade.⁷¹

⁶⁵ Para maior aprofundamento quanto às duas teorias, suas consequências, metodologia e críticas ver, na doutrina nacional, DA SILVA, Virgílio Afonso., op. cit. e SARMENTO, Daniel. op. cit.

⁶⁶ Ibid. p. 25.

⁶⁷ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. (paginação irregular).

⁶⁸ DA SILVA, Virgílio Afonso., op. cit.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁷⁰ Ibid., p. 90-91.

⁷¹ Ibid., p. 104.

Já no caso de colisão de princípios, a otimização dar-se-á à luz das “condições fáticas e jurídicas do caso concreto”. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Tem lugar então “a lei do sopesamento” segundo a qual “a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro” e para fundamentar os enunciados sobre a intensidade de afetação e sobre a importância da realização dos princípios colidentes “tornam-se relevantes argumentos empíricos” sobre o problema a ser decidido, bem como “as consequências das decisões”.⁷²

Pois bem, estabelecido que o exercício de um direito fundamental pode ser restringido diante de outro direito ou em favor de algum interesse social ou coletivo e apresentado, ainda que nos limites desse espaço, um modelo apto para tanto, é cabível, nessa perspectiva, enfrentar a questão da interrupção dos serviços de fornecimento de água limpa e esgotamento sanitário.

O saneamento básico como um direito fundamental social demanda seu atendimento concretamente por meio de serviços públicos. Adotaremos a concepção de serviço público nos termos em que formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que a concebe a partir da conjugação de um substrato material e um outro formal. Aquele, “consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados”; este último, “consistente em um específico regime de direito público” a conferir-lhe justamente a feição jurídica por “corresponder a um dado sistema de princípios e regras”.⁷³

É certo, contudo, que há variação quanto à noção de serviço público, e não é o caso de explorá-las aqui; mas é igualmente correto afirmar que o “Brasil tem uma base constitucional do serviço público”⁷⁴ que, sem prescrever uma definição específica, conforma-o na sua vocação de instrumento à disposição da Administração para a realização dos direitos fundamentais sociais.

Nessa trilha a ordem constitucional traz alguns enunciados que veiculam regras e princípios dispondo sobre o dever de prestação adequada do serviço público, obrigando a universalização do atendimento, permitindo a delegação da execução à participação privada e exigindo a modicidade tarifária para sua ampla fruição.

Dessa conformação constitucional surgem alguns desafios, notadamente quando o serviço público a ser prestado tem caráter essencial e se qualifica como um direito fundamental,

⁷² Ibid., p. 168.

⁷³ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29º ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 690.

⁷⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo** | vol. 28/ 2011 | p. 81 - 118 | Jul - Dez / 2011.

como o saneamento básico aqui em foco. Nesse sentido, a questão que se coloca é se poderia haver restrição ao exercício desse direito? Significa dizer, sendo o saneamento básico um direito fundamental poderia a administração pública, ou quem lhe faça as vezes, excluir seu acesso por determinadas razões?

O Novo Marco legal do Saneamento Básico trouxe inovação nessa questão e sobre ela teremos considerações a partir do reconhecimento propugnado de que o saneamento básico configura um direito fundamental.

Em geral a interrupção dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário podem ser vinculadas às seguintes situações: emergência; razões de ordem técnica ou segurança das instalações; e inadimplemento do usuário. As duas primeiras não trazem grandes repercussões do ponto de vista jusfundamental, porque caracterizam necessidades fáticas decorrentes do dever de execução adequada dos serviços. Por tais razões focaremos a análise da interrupção por inadimplemento do utente.

Foi justamente para a hipótese de inadimplemento que o NMLSB introduziu novo enunciado no sentido de que os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador quando o usuário do serviço de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário faltar com o pagamento das tarifas, mesmo após ter sido notificado formalmente, e consignou que nas circunstâncias “de coleta, afastamento e tratamento de esgoto, a interrupção dos serviços deverá preservar as condições mínimas de manutenção da saúde dos usuários, de acordo com norma de regulação ou norma do órgão de política ambiental.”⁷⁵

Não há dificuldade em extrair do enunciado que para o caso de esgotamento sanitário a restrição ao exercício do direito veio acompanhada de limitação em razão da obrigação imposta pela legislação ordinária de que sejam “preservadas as condições mínimas da saúde dos usuários”, conforme regulação setorial ou de política ambiental.

O caráter obrigatório dos serviços de esgotamento sanitário determinado pelos princípios do interesse público e da sustentabilidade ambiental não autorizam o simples desligamento da rede coletora de esgoto como mera contrapartida ao não pagamento. Isso, em razão das diversas externalidades negativas que essa medida acarretaria, inclusive a outros usuários e ao meio ambiente.

Diferente do esgotamento sanitário, o serviço de fornecimento de água possui maior viabilidade de obtenção por outros meios, que não pelos serviços de fornecimento público. “Via de regra se pode usar a água distribuída pelo serviço público ou se lançar mão de um carro pipa,

⁷⁵ Inciso V do art. 40, da Lei 11.445/2007 incluído pela Lei nº 14.026, de 2020.

de um poço artesiano, etc.”⁷⁶ Nesse caso, se obtido de forma regular, por esses meios alternativos, não haveria os impactos negativos para o interesse público e para o meio ambiente como no caso do esgotamento sanitário.

A questão que se coloca então é se haveria objeções insuperáveis à interrupção do fornecimento de água por inadimplemento ou, sendo elas superadas do ponto de vista dos direitos fundamentais, a que limitações estariam submetidas as restrições desse direito. Nota-se que o novel dispositivo apenas menciona a preservação de condições mínimas para o esgotamento sanitário, sem as mencionar para o fornecimento de água limpa.

Pois bem, os argumentos ordinariamente utilizados como objeção à possibilidade de restrição do direito fundamental ao saneamento básico, na vertente do fornecimento de água, podem ser sintetizados nas seguintes razões: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da continuidade do serviço público; e proibição da autotutela. Ocorre que uma análise mais precisa dessas próprias justificações e seu cotejo com outras normas não implicam tornar o direito imune a restrições, como passaremos a demonstrar.

Por ser o serviço de saneamento básico considerado essencial à população é encontrada menção ao princípio da dignidade humana como razão suficiente a vedar qualquer restrição quanto à fruição desse direito. Ocorre que essa justificativa, no mais das vezes, vale-se da abertura e vagueza do princípio da dignidade humana e desconsidera que no processo de aplicação deve-se atentar para a mediação de outros direitos e da própria normatização infraconstitucional como parâmetros para a solução do problema.

A utilização inflacionada e pouco criteriosa do princípio da dignidade da pessoa humana tem suscitado preocupações justamente, porque implica, com recorrência, na desconsideração “do plano normativo mais concreto e próximo do caso”. Ademias, embora de fundamental expressão na ordem jurídica e com algumas concretizações de caráter absoluto, o princípio da dignidade da pessoa humana não está completamente imune a algum grau de relativização, “sujeitando-se também a eventuais restrições e ponderações.”⁷⁷

Sua aplicação não deve se dá de maneira isolada e autônoma, especialmente quando relacionada a implementação de direitos fundamentais sociais que reclama a observância do próprio regime constitucional do serviço público.

⁷⁶ No sentido de classificar os serviços de esgoto como obrigatório e o fornecimento de água como facultativo ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e direitos fundamentais**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 415. Livro Eletrônico. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1483/1537/3255>. Acesso em: 26 set. 2022.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 133. Livro Eletrônico. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4135>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

No regime de serviço público da CF88 não há mandamento genérico de gratuidade. A CF88 sempre que impõe para determinado serviço público um regime de gratuidade o faz expressamente, a exemplo dos serviços de educação em estabelecimento público oficial. Revela-se assim insuficiente o princípio da dignidade humana para determinar de maneira isolada a inconstitucionalidade do corte do serviço por inadimplemento do usuário que está normativa e regularmente obrigado a pagar⁷⁸.

Entendimento diverso, a partir do princípio da dignidade humana, poderia levar à juridicidade de comportamentos claramente antijurídicos. Seria o caso de se cogitar que, na perspectiva da dignidade humana, o direito social fundamental à moradia impedisse o despejo por ausência do pagamento de aluguel, ou que o direito à alimentação legitimasse a retirada de suprimentos de estabelecimento comerciais por pessoas sem condições de pagar por eles.⁷⁹

É óbvio que esses dois direitos sociais demandam políticas públicas que atendam às pessoas vulneráveis ou que sejam promovidas medidas para impedir que as situações de vulnerabilidade ocorram, mas daí a justificar, com base na dignidade da pessoa humana, a violação das regras que disciplinam as relações intersubjetivas em torno desses direitos é algo muito diverso e que não encontra respaldo na ordem jurídica.

O princípio da continuidade do serviço público, por sua vez, deve ser concebido como uma decorrência do mandamento da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública⁸⁰. Em verdade, ele significa um “vínculo de caráter genérico, que exigia do Estado a manutenção de determinado serviço público em funcionamento”⁸¹. É errado supor que ele signifique uma imposição ao estado, concessionário ou permissionário de prestar os serviços a usuários inadimplentes, quando a regular exigência de remuneração estiver devidamente estabelecida.

O vetor da continuidade importa na garantia da oferta e impõe que os serviços sejam estruturados, inclusive financeiramente, para que sua prestação seja possível, quando essencial, mesmo diante da ausência de interesse econômico ou rentabilidade em face de determinadas contingências. Obstar a prestação a um específico usuário que descumpra os requisitos regulamentares para sua fruição “não configura rompimento do dever de continuidade.”⁸²

Por fim, o argumento da autotutela também não é sustentável à luz da natureza da relação estabelecida entre o prestador do serviço e o utente, que possui caráter sinalagmático, tendo

⁷⁸ CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111.

⁷⁹ Demonstrando que a aplicação isolada do princípio da dignidade humana poderia levar a essas e outras teses semelhantes ver CÂMARA, Jacinto Arruda., op. cit. p. 110-111.

⁸⁰ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira., op. cit. p.83.

⁸¹ CÂMARA, Jacinto Arruda., op. cit. p. 106.

⁸² Ibid., p. 107.

em vista que a “prestação cessa, porque a contraprestação também cessou”⁸³. E não se trata de mecanismo para cobrança de dívida passada, tendo em vista que a interrupção ocorre quanto às obrigações futuras do prestador. Inclusive se exige a imediatividade do inadimplemento como requisito para o corte dos serviços⁸⁴.

Por fim, há ainda argumento empírico relevante que deve fazer parte do ônus argumentativo na defesa da restrição do exercício do direito à obtenção do serviço público de fornecimento de água, quando inadimplente o utente, tendo em vista as consequências quanto ao dever de prestação regular e contínua dos serviços para a coletividade.

A simples e genérica proibição de corte para situações de inadimplemento poderia desencadear o “efeito dominó” com uma escalada de não cumprimento do dever de pagamento da tarifa. Ensejaria “um risco sistêmico, provocado pela assunção de custos pela prestadora de serviços públicos sem a devida contraprestação imediata.”⁸⁵

É possível perceber que as objeções à restrição do direito fundamental ao saneamento básico são superadas e essa suplantação conta com o reforço da dimensão objetiva do próprio direito fundamental em tela, que assim avança para além de uma perspectiva meramente individualista para valer igualmente sob a ótica da comunidade⁸⁶.

A dimensão objetiva projeta-se também na função organizatória e procedimental da implantação desse direito que, pelo seu caráter de direito fundamental social, implica a necessária estruturação de uma política pública a ser executada por meio de serviços públicos adequados para atender ao conjunto social a que se destina.

É assim válida a restrição ao direito fundamental que permite o corte no fornecimento de água por inadimplemento, desde que se respeite alguns limites, que implicam em algumas condições para que a restrição ocorra constitucionalmente. Porque, dada a fundamentalidade do direito em jogo, as restrições, também elas, encontram limites.

⁸³ CÂMARA, Jacinto Arruda., op. cit. p. 115.

⁸⁴ Trata-se de condição já assentada no âmbito jurisprudencial, como pode ser percebido pela consolidação de julgados do STJ veiculada nos seguintes enunciados: “É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando a inadimplência do usuário decorrer de débitos pretéritos, uma vez que a interrupção pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo.”; “É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais por débitos de usuário anterior, em razão da natureza pessoal da dívida.” In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses. Corte no fornecimento de serviços públicos essenciais**. 13. ed. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/tocedicoes.jsp>>. Acesso em 27 de set. 2022.

⁸⁵ CÂMARA, Jacinto Arruda., op. cit. p. 108.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. **Supremacia do interesse público? as colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 129-168. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1447/1501/3132>. Acesso em: 26 set. 2022.

Nesse passo, deve-se observar inicialmente se a restrição tem suporte em algum outro bem de estatura constitucional “seja ele outro direito fundamental, seja algum interesse do Estado ou da coletividade”. Além desse parâmetro inicial, a doutrina costuma indicar como limites das restrições a observância: da determinabilidade da norma restritiva; a proporcionalidade; e a preservação do núcleo essencial do direito relativizado.⁸⁷

A própria dimensão objetiva do direito fundamental ao saneamento básico aliada ao mandamento constitucional da prestação adequada dos serviços públicos (art. 175, IV da CF88), ambos a serviço do interesse coletivo e com assento constitucional, constituem justificativas suficientemente aptas a validar a restrição imposta, à luz da ponderação a ser realizada como parâmetro inicial.

A determinabilidade legal, como requisito de controle da restrição, também se encontra observada, porque a possibilidade de interrupção por inadimplemento decorre de lei que prescreve algumas condições para que o corte ocorra, como a precedência de prévio aviso ao usuário, não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão⁸⁸.

Quanto ao “teste da proporcionalidade” cumpre aferir se a medida é adequada, necessária, bem como se resta equilibrada no filtro do sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito). A adequação está ligada à aptidão da medida como fomento da realização do objetivo perseguido. A necessidade, vincula-se à alternativa mais eficiente e que possa ser menos invasiva para a promoção do objetivo almejado.⁸⁹

A interrupção do serviço no caso de inadimplemento é adequada, porque cumpre o objetivo de promover o funcionamento regular e contínuo do serviço na perspectiva da dimensão objetiva e comunitária do direito ao saneamento. Coloca-se necessária, porque é a forma mais eficiente de se manter a regularidade do serviço em seu conjunto, dada a efetivação de um direito realizado por prestações positivas e com altos custos financeiros. Por fim, quando se lança mão do sopesamento, a providência de corte no fornecimento revela-se igualmente equilibrada, na medida em que a ausência da interrupção, nesse caso, ensejaria risco sistêmico à adequada entrega do bem fundamental para toda uma coletividade.

Por fim, a questão da preservação do núcleo essencial está ligada à estruturação do serviço como instrumento de implementação do direito social e que deve contar com subsídios

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Art. 40, § 2º da Lei 11.445/2007.

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 121.

para população carente, bem assim com uma política tarifária regida pelo princípio da modicidade das tarifas, de maneira que elas representem um ônus financeiro suportável a quem possa pagar.

A salvaguarda do núcleo essencial implica na previsão de instrumentos, como fomento, subsídios e tarifa social, que possibilitem a entrega do serviço mesmo para aqueles que não possuem condições de arcar, parcial ou totalmente, com ele.

Nesse sentido, há disposição normativa específica voltada a essa preservação do núcleo essencial, uma vez que a lei nacional do saneamento básico dispõe que a interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a usuário de “baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas.”⁹⁰.

A política tarifária deve considerar os critérios de elegibilidade das medidas compensatórias para usuários de baixa renda e a estruturação da política pública para esse contingente repercute nas medidas de interrupção dos serviços. Como a aferição do inadimplemento, para esses usuários, não envolve apenas o pagamento, mas também os requisitos para utilização dos instrumentos econômicos de política social, está justificado o filtro mais restrito para medidas de interrupção dos serviços para essa população.

A restrição do direito fundamental via interrupção no caso de inadimplemento observa, portanto, limites razoáveis e está apta a incidir com maior alcance apenas para aquele contingente que, podendo arcar com os custos dos serviços, não cumprem sua contrapartida, quando seria possível fazê-lo.

A sustentação econômico-financeira e os instrumentos de universalização como o fomento, subsídios e tarifa social serão abordados em tópico específico, mais adiante, valendo, por ora, demonstrar que o direito ao saneamento básico possui amplo âmbito de proteção, mas que pode ter seu exercício restringido, desde que observado alguns limites.

Por fim, além dessa base jusfundamental, um outro dado prescritivo da Constituição de 1988 servirá como suporte para o enfrentamento das questões trazidas pelo NMLSB: é a forma de Estado Federal disposta na Constituição. Descrevê-la, com suas características e peculiaridades, para, em seguida, projetá-la sobre as transformações setoriais do saneamento é o que faremos a seguir.

⁹⁰ Art. 40, § 3º da Lei 11.445/2007.

3 FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO: TRAMA ESSENCIAL DOS NOVOS ARRANJOS JURÍDICOS INSTITUCIONAIS DO SANEAMENTO BÁSICO.

3.1 O Estado Federal, evolução e tipologias.

É nota distintiva do Estado Federal ter “a constituição como base jurídica”.⁹¹ Portanto, tomaremos aqui o Estado Federal a partir de uma noção jurídica objetiva. Procuraremos apreendê-lo nos termos em que modulado pela CF88. Nesse percurso, será necessário expor características comuns que identifiquem o Estado Federal, as fases de seu desenvolvimento e algumas tipologias úteis à compreensão do modelo que caracteriza do Estado Federal brasileiro.

Há características comuns entregue pelo federalismo e que costumam estar presentes em diversos modelos de estado federal. Em geral, esta forma de estado está escorada em duas estruturas que repercutem em diversas outras características comuns de um Estado Federal. A “estrutura de sobreposição” e a “estrutura de participação”. Jorge Miranda as enfatiza e ressalta que a dupla estrutura “só pode sobreviver com integração política e jurídica; e esse papel cabe à Constituição federal”⁹².

A estrutura de sobreposição significa sujeição a duas ordens jurídicas, a da União e a das entidades federadas. Aquela soberana e estas autônomas. Sendo possível afirmar apenas que as partes federadas, que integram a federação, participam da soberania da União com possibilidade de incultir suas decisões. O Estado Federal, portanto, “é o todo dotado de personalidade jurídica de direito internacional”⁹³

A submissão a mais de uma ordem jurídica não significa, nesse caso, acréscimo de sujeição à autoridade estatal, porque a lógica do estado federal é que essas fontes jurídicas diversas se limitem reciprocamente à luz da divisão de competências delineadas pela Constituição. Daí se falar que o Estado Federal “é uma espécie de separação de poderes de âmbito territorial”⁹⁴ ou “separação de poderes vertical”⁹⁵.

No Estado Federal, o exercício do poder acaba sendo funcionalmente repartido em dois planos: o horizontal, com as funções executiva, legislativa e judiciária, “mas também o vertical,

⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 21.

⁹² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 308.

⁹³ A posição assente é pela soberania única do estado federal que é exercida pela União, como informa SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 100. Embora ainda se encontre quem sustente uma dualidade de soberania como Jorge Miranda na op. cit.

⁹⁴ FRIEDRICH, C. J. apud MIRANDA, Jorge., op. cit. p. 314.

⁹⁵ LOEWENSTEIN, Karl apud SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book, cap. 7. (paginação irregular).

entre Estados-membros e União, em benefício das liberdades públicas"⁹⁶, daí a vocação democrática dessa forma de organização do Estado.

Interessante observar que historicamente há um liame entre formas de estado e regime político. “Um poder autocrático é um poder fortemente centralizado: daí a subsistência apenas do Estado unitário ou da redução do federalismo a mera fachada.” Em regimes democráticos, por sua vez, a tendência é o caminho da descentralização e adoção do federalismo⁹⁷.

Outra característica da federação é a indissolubilidade de vínculo ou proibição de secessão que reclama uma Constituição rígida “e que o princípio federalista deve ser cláusula pétrea, para prevenir que a União possa transformar a Federação em Estado unitário”⁹⁸.

A presença de um órgão judiciário nacional com competência para dirimir os conflitos federativos e assegurar a divisão constitucional de competência é essencial ao funcionamento dessa forma de Estado, encontrando previsão nos diversos países que a adotaram.

A participação institucionalizada dos entes federados na formação e exercício da vontade “política e legislativa federal” é outro traço marcante que se concretiza com representantes dos estados federados em “senados ou conselhos federais, os primeiros com titulares eleitos e os segundos com titulares delegados dos governos locais”⁹⁹.

A igualdade jurídica dos entes federados e de seus cidadãos, impeditiva de infundadas discriminações ou de embaraço à participação igualitária, quando necessário o envolvimento das partes federadas na formulação de políticas ou na atuação de determinados órgãos federais, caracteriza outra marca distintiva dessa modelagem organizatória do Estado.¹⁰⁰

A autonomia dos entes federados com seus requisitos indispensáveis de auto-organização, a implicar a autolegislação; e autogoverno, a ensejar autoadministração, acrescido dos meios financeiros para tanto, marcam ainda a descentralização dessa forma de Estado¹⁰¹. Mas não só, “a autonomia na federação tem na repartição de competências a chave de seu funcionamento”¹⁰².

⁹⁶ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. (paginação irregular).

⁹⁷ Como casos de federalismo de fachada Jorge Miranda aponta a União Soviética e o Brasil entre 1964 e 1985., op. cit., p. 314.

⁹⁸ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., op. cit.

⁹⁹ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 309

¹⁰⁰ Ibid., p. 309.

¹⁰¹ MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G., op. cit.

¹⁰² DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Doutrina contemporânea do federalismo. **R. Proc. Geral do Est. São Paulo**. São Paulo n. 80 p. 1-226 jul./dez. 2014

Com efeito, embora estados unitários possam se valer da descentralização, e de fato se valem, nos estados federados essa descentralização possui tipologia peculiar. É que ela implica “desconcentração do poder político, que é muito mais do que a simples descentralização administrativa”¹⁰³ A autonomia das partes federadas vincula-se, portanto, a uma descentralização com reservas de competências exclusivas asseguradas constitucionalmente, o que a diferencia da descentralização forjada nos Estados unitários.

São diversas as tipificações forjadas pelo federalismo ao longo de seu desenvolvimento e elas, de algum modo, tentam “acompanhar a evolução do processo formativo e organizativo dos Estados”¹⁰⁴.

Uma primeira tipologia, que tem como critério a autonomia conferida aos entes federados e diz respeito à igualdade de regime jurídico dispensada às unidades federativas de mesma categoria, divisa o federalismo em simétrico e assimétrico.

Quando a Constituição atribui igualmente às unidades federadas poderes, encargos e competências tem-se um federalismo simétrico. Diversamente, se a estruturação jurídica formal dos poderes, encargos e competências ocorre sem uniformidade, com diferenças entre os entes federados subnacionais, diz-se que o federalismo é assimétrico¹⁰⁵.

A compreensão dessa tipologia requer atenção para a categorização da assimetria sob dois ângulos: o da assimetria de direito e o da assimetria de fato. É que, embora possam desfrutar de um mesmo ajustamento jurídico, as conformações reais das unidades que formam a federação podem estar sujeitas “a impactantes desníveis em matérias culturais, históricas, econômicas, geográficas, políticas e sociais, em patamares suficientes para provocar a perceptível diferenciação de cada uma das unidades federadas” a revelar, portanto, a presença de uma assimetria de fato¹⁰⁶.

Enquanto a assimetria de *juri* significa desigual disciplinamento jurídico aos entes federais e pode ser percebido pelo enquadramento constitucional conferido a eles, a assimetria de fato, pode mesmo ocorrer em federações juridicamente simétricas, “pois não existe Estado sem um grau mínimo de assimetria, bem como é difícil existir um Estado totalmente simétrico”¹⁰⁷.

¹⁰³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 28.

¹⁰⁴ REVERBEL, Carlos Eduardo Didier. **O Federalismo Numa Visão Tridimensional Do Direito**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. (paginação irregular)

¹⁰⁵ Canadá e Índia seriam exemplos de federalismo assimétrico; Estados Unidos e Brasil de federalismo simétrico, cf., REVERBEL, Carlos Eduardo Didier., op. cit.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. Contornos teóricos do conceito de assimetria federativa: relevância e aplicabilidade da tese do federalismo assimétrico em estados compostos heterogêneos. **Revista dos Tribunais**, vol. 914/2011, p. 117 – 156, Dez / 2011

¹⁰⁷ REVERBEL, Carlos Eduardo Didier., op. cit.

A assimetria de fato quase sempre enseja dificuldades para o desempenho da partilha constitucional de competências, bem como gera embaraços para as relações intergovernamentais. A desatenção a essa característica conduz a entraves no desenvolvimento de políticas públicas com objetivo comum e, quando as desigualdades regionais são intensas, podem levar à construção de entidades federais marcadas por artificialismos e disfuncionalidades.¹⁰⁸

As assimetrias geram implicações recíprocas. As de fato, por exemplo, “requerem uma assimetria de direito para corrigi-las ou pelo menos diminuir as desigualdades entre unidades componentes da federação”¹⁰⁹. A perspectiva da compreensão da assimetria para além do aspecto formal, como assimetria de fato, ajudará na abordagem que faremos sobre os arranjos interfederativos que poderão ser estruturadas a partir do novo marco do saneamento.

Uma outra tipologia está vinculada à origem do vínculo de formação do Estado Federal, que pode ter sido estabelecido por agregação ou por desagregação. Quando um Estado Unitário descentraliza-se politicamente, diz-se que se transformou em um Estado Federado por desagregação. Inversamente, quando Estados Soberanos se unem num pacto e federalizam-se, ocorre a formação de um Estado Federal por agregação¹¹⁰.

Quanto ao pendor centralizador ou descentralizador, denomina-se centrípetro o Estado Federal “dirigido ao centro do governo”¹¹¹ e centrífugo, o mais desatrelado do poder político central. Naquele “os poderes, encargos e competências tendem a ficar mais nas mãos da União”¹¹², enquanto neste, há maior independência e fortalecimento da autonomia dos entes federais subnacionais.

As tipologias, como classificações que são, não se exaurem nas aqui indicadas, mas as consideramos suficientes e úteis para os propósitos descritivos aqui propostos. Interessa-nos então avançar para as fases do federalismo contemporâneo antes de direcionarmos a atenção propriamente para o Estado Federal brasileiro da CF88.

3.1.1 Etapas do federalismo.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Ricardo Victalino de., op. cit.

¹⁰⁹ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico: Unidade Na Diversidade**. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas (Coord.). *O Federalista Atual*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 121.

¹¹⁰ “Trata-se, talvez, da distinção mais antiga que há” conforme TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. (paginação irregular)

¹¹¹ DE MORAES, Guilherme Peña. **Tipos de Estado Federal**. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas (Coord.). *O Federalista Atual*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 115.

¹¹² REVERBEL, Carlos Eduardo Didier., op. cit.

Embora historicamente seja possível encontrar raízes do federalismo já na antiguidade clássica, quando, porém, situado nas tipologias de forma de Estado, o Estado Federal aparece, de fato, como um dos mais relevantes traços do constitucionalismo e do Estado moderno. Ele surge mesmo como um modelo de organização estatal especialmente novo com o pensamento político-jurídico norte-americano consagrado na Convenção da Filadélfia, de 1787, que dá então origem ao que podemos denominar de federação contemporânea.

Esse Estado Federal do final do século XVIII e de “matriz norte-americana, liberal e individualista”¹¹³ foi reconhecido por instituir um federalismo dual caracterizado por divisão estanque e rígida de competências “sem interpenetrações e sem interferências recíprocas”.¹¹⁴ Em larga medida decorreu da formação de uma federação por agregação que tinha receio de que a União centralizasse poderes e colocasse os governos estaduais em posição hierárquica subalterna.

Sendo próprio do federalismo ser conformado para dar respostas a problemas reais, as agruras do liberalismo no pós-guerra e, em especial, o desconsolo econômico e social da grande crise de 1929 nos EUA, redefinindo o papel do Estado na economia, também exigiu transformação no berço do federalismo dual. O Estado é então exigido a induzir o desenvolvimento e promover o bem-estar social. Vê-se compelido a uma maior atuação de seu poder central, o que acabou ensanhando o que se denominou de federalismo cooperativo.¹¹⁵

O federalismo cooperativo surge para o enfrentamento, com mais eficiência, de graves problemas socioeconômicos. Dotado de maior flexibilidade, quanto ao regime de competências, é marcado por uma maior solidariedade entre as esferas de governo notadamente na persecução de metas comuns. Procura possibilitar um planejamento mais abrangente da ação estatal mediante atividades conjuntas ou coordenadas.

O federalismo de cooperação “é uma ideia a ser implantada em concreto” daí sua variação em forma e intensidade¹¹⁶. Seu grande desafio é guardar um equilíbrio quanto à disposição de um regime fluido de competências, bem como calibrar a posição do ente central para que seja preservada a autonomia dos entes subnacionais.

¹¹³ REVERBEL, Carlos Eduardo Didier., op. cit.

¹¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 52.

¹¹⁵ Ingo Sarlet destaca que a base de um “federalismo cooperativo” tem sua origem nos EUA, “mas que também foi objeto de particular desenvolvimento na experiência constitucional germânica sob a égide da Lei Fundamental de 1949” In: MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

¹¹⁶ MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G., op. cit.

Com efeito, a versão mais centralizadora e autoritária desse modelo tem sido denominada de federalismo de integração em que haveria uma maior “sujeição do Estado-Membro à União. Na verdade, seria ele um passo no sentido da substituição do Estado Federal por um Estado unitário descentralizado”¹¹⁷.

Por fim, o aperfeiçoamento do federalismo cooperativo indicaria a busca por um federalismo de equilíbrio cuja missão seria viabilizar um quadro de divisão de competências mais afinado. Vocacionado a proporcionar maior coordenação e eficiência no desempenho das atribuições e encargos, bem como promover “ações conjugadas, nas respectivas áreas de atuação, que permitam atingir os fins para os quais o sistema foi idealizado”¹¹⁸. A democracia participativa seria o tempero para balancear as salvaguardas que permitem ao federalismo alcançar os seus históricos objetivos de liberdade e eficiência nas atividades estatais.

Apresentado esses contornos que identificam, de maneira geral, estados federados, suas características, tipologias e fases de desenvolvimento, cabe voltarmos nossa atenção ao Estado Federal brasileiro, tal como moldado por sua Constituição.

3.2 O Estado Federal do Brasil: federalismo tridimensional e de cooperação.

Raul Machado Horta destaca que a caminhada do federalismo brasileiro “registra oscilações e desvios que contrariam a tendência do desenvolvimento linear” dessa forma de Estado no direito constitucional.¹¹⁹ Não cabe aqui desenvolver uma digressão histórica sobre o surgimento e evolução do Estado Federal brasileiro.¹²⁰

No entanto, comporta mencionar, na perspectiva da tipologia que antes expusemos, que nossa federação se deu por desagregação, que, embora com alguma oscilação, carrega historicamente o timbre de uma federação centrípeta e, até os dias atuais, é marcada por profundas assimetrias de fato.

¹¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book. (paginação irregular).

¹¹⁸ DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Doutrina contemporânea do federalismo. **R. Proc. Geral do Est. São Paulo**. São Paulo n. 80 p. 1-226 jul./dez. 2014.

¹¹⁹ MACHADO HORTA, Raul. Tendências atuais da federação brasileira. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas Estudos**. Ano X, nº 9. Rio de Janeiro. 1º semestre de 1996.

¹²⁰ As nuances históricas em torno da construção e do desenvolvimento do federalismo brasileiro e o protagonismo de seus defensores no campo político e jurídico, com destaque, dentre outros, para a atuação do Alagoano Tavares Bastos que, no ano de 1870, publica a obra ‘A Província’ defendendo o ideal federalista, pode ser encontrada no estudo de ZIMMERMANN, Augusto Cotta. **Teoria geral do federalismo democrático**. 2ª Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

Posto isto, seguiremos a partir do recorte da reconciliação democrática, que nos legou a Constituição Federal de 1988 com um amplo e proeminente rol de direitos e garantias fundamentais. Estabeleceu ainda uma ordem econômica aberta e apta a interagir com as transformações sociais, mas que prescreve claramente um modelo de estado promotor do bem-estar social e protegido contra “modificações extremas”¹²¹.

Em decorrência da necessidade de promover direitos sociais por meio da formulação, implementação e execução de políticas públicas para amplos setores da sociedade é que o constituinte traçou um complexo quadro de divisão de competências que marcam o redesenho do nosso estado federal na atual ordem constitucional.

Os desafios para o desempenho eficiente das atribuições ganham mais complexidade pela inserção de “uma terceira esfera na estrutura federal, como se deu no Brasil com os Municípios”, tornando ainda “mais difícil embutir mecanismos efetivos e equilibrados de cooperação.”¹²²

É marca sem precedentes nas ordens constitucionais brasileiras anteriores, e até no direito comparado, a dimensão federativa conferida ao município pela Constituição Federal de 1988. A ponto de Paulo Bonavides afirmar que não conheceu “uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo”¹²³

Com esse panorama constitucional, a distribuição de competências disciplinada na CF88 não se amolda totalmente às concepções clássicas e tem natureza híbrida¹²⁴. Foi estruturado num sistema que possui a pretensão de alcançar um certo equilíbrio federativo através de um quadro complexo de atribuições.

Tem suporte na estratégia da enumeração dos poderes da União, com poderes remanescentes para os estados e definição indicativa para os municípios, mas que articula ainda competências privativas, possibilidades de delegação, competências comuns a todos os entes federais e, por fim, campos de atuação “concorrentes entre União e Estados em que a competência

¹²¹ São essas as conclusões de Eros Grau, quanto à nossa ordem econômica na CF88, com a qual nos alinhamos. E é momento de reafirmar esse posicionamento, porque se é verdade que a Constituição tenha feito a opção pelo sistema capitalista, garantiu o modelo de bem-estar social, tão necessário para uma sociedade com os desníveis econômicos e sociais como a brasileira. E esse modelo, como adverte o autor, deve ser garantido contra alterações extremas. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:(interpretação e crítica)**. 9ª edição, revista e atual. Malheiros, 2004. p. 314.

¹²² MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

¹²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35ªed., atual. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 355.

¹²⁴ MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G., op. cit.

para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar.”¹²⁵

Em razão da teia de atribuições veiculada pela CF88, a definição das competências legislativas marcou, de certa forma, as discussões em torno da federação brasileira, conferindo menor ênfase à atuação articulada e efetiva para implementação dos objetivos constitucionais.

Contudo, perpassa fortemente as questões federativas no Brasil a necessidade de combinar as dimensões de coordenação e autonomia e os desafios em torno da implementação de políticas sociais num cenário de descentralização e assimetrias de fato entre os componentes do Estado Federal.

O federalismo cooperativo da CF88 trouxe “complexas relações de interdependência entre a União e os entes federados”. A partir dele cabe distinguir os mandamentos de coordenação e cooperação propriamente dita. A coordenação materializada pelas competências concorrentes em que os entes federados concorrem em uma mesma função, “mas com âmbito e intensidade distintos”. A cooperação propriamente dita, como reflexo das competências comuns, implica em atuação conjunta, em um coexercício das tarefas prescritas pela ordem constitucional.¹²⁶

O desafio no caso brasileiro é compatibilizar o federalismo de cooperação com a descentralização que também marca essa forma de Estado. Há um agravamento entre nós decorrente da heterogeneidade da nossa federação e que pode ser percebida quando se verifica que a descentralização de políticas sociais tem ocorrido com as mais diversas disparidades.

Revelam-se “desigualdades entre os ritmos e os resultados da implementação; e, sobretudo, na qualidade dos serviços prestados.” Essa situação nos legaria um “paradoxo aparente” entre a descentralização e a necessidade de fortalecimento do governo central. Aparente, justamente, porque o êxito da descentralização depende de um posicionamento mais incisivo do governo central no planejamento, coordenação, regulamentação e fiscalização das funções descentralizadas, como medidas necessárias à equalização e sucesso na implantação de políticas públicas essenciais pelos demais níveis de governo¹²⁷

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 479

¹²⁶ BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, v. 3, n. 1, p. 13-28, 2002.

¹²⁷ ARRETCHE, Marta TS. O mito da descentralização: maior democratização e eficiência das políticas públicas. **Revista brasileira de ciências sociais**, v. 11, n. 31, p. 44-66, 1996.

Nesse sentido, pode-se afirmar que é a ausência de uma efetiva “política nacional coordenada, e não a repartição de competências concorrente e comuns”¹²⁸, que enseja sobreposição dispendiosa e inefetiva de ações ou mesmo omissões justificadas por indefinições na execução dos serviços públicos.

No intuito de fomentar um ambiente de maior coordenação interfederativa houve então a inserção do art. 241 no corpo do texto constitucional por ocasião da reforma administrativa implementada pela EC 19/1998. Uma das pretensões reformadora, nesse ponto, foi superar o entendimento do direito administrativo “como matéria jurídica de ‘aplicação exclusiva’ de cada ente federativo, que muito prejudicou a eficiência na prestação dos serviços públicos no país.” A partir desse enunciado constitucional ganha força a concepção de um “federalismo mais focalizado na execução para o Brasil, baseado no compromisso constitucional de cooperação”.¹²⁹

Em face das linhas gerais do disciplinamento das competências constitucionais do Estado Federal brasileiro e do federalismo de cooperação cumpre situar as atribuições dos entes federados em torno dos serviços públicos de saneamento básico para aferir a compatibilidade das inovações, veiculadas pelo NMLSB e dos arranjos interfederativos que ele possibilita para o setor. Afinal, “a forma como estão estruturadas as relações federativas nas políticas específicas afeta as estratégias possíveis para a coordenação vertical das políticas nacionais”¹³⁰

Antes, porém, cabe discorrer sobre o princípio da subsidiariedade, porque se trata de mandamento que se projeta sobre a disciplina de atribuições do Estado Federal brasileiro e cujo sentido e alcance contribuirá para a conformação dos novos arranjos jurídicos institucionais do saneamento básico.

3.3 O princípio da subsidiariedade como mandamento de otimização do federalismo de cooperação.

A investigação sobre o princípio da subsidiariedade, para se colocar com um mínimo de rigor metodológico, deve ser antecedida de algumas considerações sobre a própria categoria

¹²⁸ BERCOVICI, Gilberto., op. cit.

¹²⁹ KRELL, Andreas J. **A necessária Mudança de Foco na Implantação do Federalismo Cooperativo no Brasil: Definição das Competências Legislativas para o Desenho de Formas Conjuntas de Execução Administrativa.** In BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. p. 635-660.

¹³⁰ ARRETICHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. **São Paulo em perspectiva**, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004.

jurídico-normativa denominada princípio. Esse itinerário pede ainda algumas incursões no intuito de se delimitar o objeto da abordagem, em razão das várias perspectivas que a análise pode seguir.

Para tanto, interessa descortinar primeiro as confusões de perspectiva que perpassam a abordagem do princípio da subsidiariedade. Num estudo pioneiro entre nós, mas que não faz, no nosso sentir, um necessário corte metodológico, José Alfredo de Oliveira Baracho, por vezes, apresenta na mesma abordagem, o princípio da subsidiariedade, ora no plano da ciência, como um permissivo que ajudaria na “compreensão das normas jurídicas” e que seria “suficiente a si próprio, circunstância que explicita parcialmente sua exterioridade em relação ao direito”; ora no plano prescritivo, como “princípio do direito constitucional” com sentido normativo que “aparece na organização administrativa do Estado.”¹³¹

Com efeito, nessa investigação pretendemos focar a análise situando o princípio da subsidiariedade no plano do objeto. Portanto, no campo do direito positivo e esse anúncio se faz necessário em razão da complexidade que envolve nosso objeto, sobre o qual é cabível, e até comum, análises multidisciplinares e sob diversas perspectivas.

A intenção é entender se o princípio da subsidiariedade faz parte da nossa ordem constitucional e, fazendo parte dela, como ele atua no plano do direito positivo, em especial como se projeta no nosso desenho federativo e em seguida nos novos arranjos jurídico institucionais trazidos pelo NMLSB.

Pois bem, encontra-se sedimentada a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que podem ser classificadas em regras e princípios e “há diferentes formas *coerentes* de se proceder a essa distinção”¹³². Não comporta nesse texto um mergulho sobre essas formas de distinção, mas apenas expor os contornos recorrentes do que caracteriza um princípio jurídico e sinalizar nossa adesão à determinado modelo de compreensão dessas categorias jurídicas para que a abordagem ocorra com clareza.

Tese bastante propalada no Brasil é a que compreende a distinção de princípios e regras à luz dos critérios de abstração, grau de generalidade ou fundamentalidade. Tornou-se clássica a compreensão de princípio entre nós como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas”¹³³

¹³¹ BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

¹³² SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

¹³³ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29º ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.54

Essa ideia de princípio, contudo, alcançou maior desenvolvimento, especialmente com as abordagens e a profusão entre nós das concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy, que buscaram destacar a diferença qualitativa ou lógico-estruturais entre regras e princípios. Pela maior proximidade com o sistema romano-germânico partilharemos o modelo conceitual de princípio como formulado por Alexy, sem deixar de reconhecer outras perspectivas autorizadas de definição e mesmo a agregação de substratos novos ao desenvolvimento da temática na doutrina brasileira¹³⁴.

Seguiremos com a compreensão de princípios como “mandamentos de otimização”. Como normas, portanto, que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.¹³⁵ Ao tratarmos do âmbito de proteção do direito fundamental a temática foi desenvolvida em razão da relação desses aspectos do direito fundamental com “posições *prima facie*” e “posições definitivas” e a necessária articulação com a compreensão de princípios e regras. Os conflitos, as relações de preferência e a “lei de sopesamento” foram igualmente mencionadas naquele espaço, ainda que nos limites dessa abordagem. Destarte, não as replicaremos nesse ponto.

Dito isso, antes de trilharmos a abordagem dogmática do princípio da subsidiariedade a partir da CF88, interessa situarmos a própria ideia de subsidiariedade em seus múltiplos domínios e origem, justamente para preparar a base de reflexão sobre sua projeção na organização federativa brasileira e seus desdobramentos no novo modelo jurídico de estruturação da política pública de saneamento básico.

É antiga a noção de subsidiariedade. Pode ser encontrada no pensamento de Aristóteles, que a concebia como um escalonamento de atribuições em que a família cuidaria das necessidades ordinárias dos indivíduos. As aldeias, daquelas necessidades não cotidianas e a *polis* estaria encarregada, não de conferir suporte ao sobreviver, mas de proporcionar o viver bem, sua razão de existir enquanto organismo social.¹³⁶

¹³⁴ À luz desse modelo destacam-se aqui as contribuições de Virgílio Afonso da Silva, Humberto Ávila, Marcelo Neves e Ana Paula de Barcellos. Não cabe nesse espaço discorrer sobre as particularidades da visão desses autores. Um panorama das especificidades delas pode ser encontrado em SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003 e, do mesmo autor: O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **University of Brasília Law Journal (Direito. UnB)**, v. 2, n. 1, p. 675, 2016.

¹³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90-91.

¹³⁶ Para uma incursão mais detalhada das origens da ideia de subsidiariedade e seu percurso nas diferentes escolas filosóficas ver TANCREDO, Fabrício Grandi Monteiro de. O princípio da subsidiariedade: as origens e algumas manifestações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra. Volume XLVI, nº 1, 2005.

A ideia de subsidiariedade é desenvolvida com maior propriedade na Doutrina Social da Igreja Católica sendo alçada a solene princípio da sua filosofia social. Inicialmente, a noção de subsidiariedade estava mais vinculada ao ideal de se preservar “a autonomia da pessoa humana, face às estruturas sociais”¹³⁷ buscando firmar posição num contexto de ideologias coletivistas, de um lado, e individualistas, do outro, durante parte do século XX. Nesse mesmo contexto, percebe-se a orientação de preservação do encadeamento de competências entre membros menores e maiores de uma mesma estrutura, de um mesmo corpo.

A ideia de subsidiariedade foi recentemente reafirmada na Carta Encíclica *Fratelli Tutti*, do Papa Francisco, com enfoque na ideia de participação, solidariedade e auxílio (*subsidium*), em busca do bem comum.¹³⁸

É contudo no âmbito do direito comunitário, com o Tratado de Maastricht (1992), que o princípio da subsidiariedade, nos contornos em que aqui tratado, tornou-se princípio jurídico,¹³⁹ recebendo menção expressa, conforme artigo 3B do Tratado¹⁴⁰.

Abandona-se a ideia de subsidiariedade nas meras acepções filosóficas e de política social, com sua positivação como direito supraestatal e conseqüente integração no ordenamento constitucional de Estados-membros. Merece menção Alemanha e Portugal que o adotaram expressamente, por meio de revisão constitucional de seus textos¹⁴¹.

Outras constituições europeias também se apropriaram do princípio da subsidiariedade “como norteador das relações internas e internacionais”.¹⁴² Constata-se que a integração nessas constituições se deu pelo vínculo comunitário, tomando o princípio da subsidiariedade na face definidora de competência. É nesse sentido que também o vislumbramos aqui, como mandamento de otimização da divisão de competências.

¹³⁷ Cf., BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira., op. cit. p. 37.

¹³⁸ FRANCISCO, Papa. **Fratelli Tutti. Le vie della Cristianità, 2020.** Disponível em: <<https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/index.html>> Acesso em: 28 de jun. 2021.

¹³⁹ CAVALCANTI, Thais Novaes. O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional n. 67**, abr-jun, 2009.

¹⁴⁰ “Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.” In: PE, Parlamento Europeu. **Tratado da União Europeia (TUE). Tratado de Maastricht.** Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>>. Acesso em: 26 de set. 2022.

¹⁴¹ HORTA, Raul Machado. **Federalismo e o princípio da subsidiariedade.** In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo.* América Jurídica. 2002, p. 461-472.

¹⁴² CAVALCANTI, Thais Novaes., op. cit. Nessa investigação o caso da Constituição italiana é abordado com mais acuidade.

A subsidiariedade possui característica de um “princípio relacional que se assenta nos esquemas de relações constituídas entre entidades diversas”¹⁴³, bem assim “como princípio de preferência, já que estabelece determinada predileção pela esfera mais próxima do indivíduo ou da cidade”¹⁴⁴. Daí sua intimidade com o Estado do tipo federal.

Raul Machado Horta apresenta indagação que tomamos para desenvolvimento do tema, no sentido de perquirir onde então se daria a conexão desse princípio num Estado Federal como o brasileiro, sem um liame com o direito comunitário ao estilo europeu, de onde ele surgiu? ¹⁴⁵

Um primeiro obstáculo estaria situado na própria tradição histórica de natureza centralizadora da federação brasileira, que intercala em seu caminhar momentos autoritários de centralização de competências no ente nacional. Sob a Constituição de 1988, contudo, é inegável que se vive maior estabilidade na organização federativa descentralizada, embora plasmada num sistema complexo que “busca realizar equilíbrio federativo” por meio de técnicas combinadas de repartição de competência.¹⁴⁶

Nesse sentido, é na própria repartição de competência da CF88 que se localiza “a forma mais avançada da inclusão da subsidiariedade em texto constitucional brasileiro” especialmente a partir da norma constitucional de estrutura da competência concorrente entre União, Estados e Municípios, mercê da natureza complementar e supletiva que a envolve. Dispensa-se para o reconhecimento do princípio da subsidiariedade, em nossa ordem constitucional, a intermediação do direito comum ou mesmo qualquer procedimento de revisão constitucional, como se deu alhures.¹⁴⁷

O princípio da subsidiariedade não incide tão-somente em dada espécie de organização político-administrativa. Pode ser aplicado em diferentes sistemas administrativos, embora seja na forma federal de Estado que o princípio encontra seu mais relevante campo de atuação, porque esse é o modo proeminente de repartição de competências constitucionais e de descentralização. “Essa compreensão leva ao entendimento de que o federalismo, de fato, é aplicação do princípio da subsidiariedade” ¹⁴⁸

¹⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, 2004, p. 363.

¹⁴⁴ TANCREDO, Fabrízio Grandi Monteiro de., op. cit.

¹⁴⁵ HORTA, Raul Machado., op. cit.

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p 479.

¹⁴⁷ HORTA, Raul Machado., op. cit.

¹⁴⁸ BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 50.

Com essa mesma compreensão Thais Novaes Cavalcanti apresenta quatro cânones de desdobramento do princípio: a) presunção de competência em favor dos entes menores; b) respeito à natureza e aos deveres das sociedades menores com conseqüente limitação da competência das sociedades superiores; c) dever de empenho das sociedades maiores à atuação eficaz das menores; d) respostas às necessidades como encargo primeiro das sociedades e indivíduos mais próximos.¹⁴⁹

Conquanto seja decorrência do princípio uma maior deferência ao agir das estruturas políticas locais, dele igualmente decorre o mandamento de subsidiar, suprir ou mesmo substituir as unidades menores, quando estas se revelam inoperantes ou ineficientes para o desempenho de suas atribuições.¹⁵⁰

Por esse ângulo, o princípio da subsidiariedade autoriza meios de compensação de desigualdades regionais com alocação preferencial de recursos e estruturas a fim de ensejar maior equilíbrio federativo. “A colaboração do Estado, com as comunidades secundárias e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicação do princípio da subsidiariedade”¹⁵¹

Daí dizer-se que se trata de um princípio de “caráter dúplice, comportando aplicação simultaneamente negativa e positiva.”¹⁵² No aspecto negativo, calibra a atuação dos entes maiores para maior prestígio à atuação preferencial dos menores; no aspecto positivo, impõe solidariedade, com vistas a suplantando as deficiências dos organismos inferiores.

No caso brasileiro, é importante destacar que o município foi alçado à condição de ente federado pelo art. 1º da CF88, que adota um federalismo tridimensional revelando o intento constituinte de privilegiar, de algum modo, as instâncias locais de decisão política. Isso reforça a presença na nossa ordem constitucional, ainda que implícita, do princípio da subsidiariedade.

A projeção do princípio da subsidiariedade num Estado Federado descentralizado do tipo brasileiro pode ser classificada em vertical e horizontal. Trata-se de categorização útil à percepção da otimização do princípio¹⁵³.

A subsidiariedade vertical, projeta-se sobre as relações entre entes locais (municípios) com os entes maiores (Estados e União Federal) e nesse aspecto procura unir o federalismo à

¹⁴⁹ CAVALCANTI, Thais Novaes. O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* n. 67, abr-jun, 2009.

¹⁵⁰ Com destaque especial para esse sentido ver BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira., op. cit.

¹⁵¹ Ibid. p. 46.

¹⁵² MONTEBELLO, Mariana. **O princípio da subsidiariedade e a Constituição da República de 1988**. In: FILHO, Firly Nascimento; GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manoel Messias (Orgs.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 483.

¹⁵³ Classificação que apanhamos da investigação de: CAVALCANTI, Thais Novaes., op. cit.

solidariedade, de modo a alcançar maior eficácia e funcionalidade no desempenho das competências constitucionais. Nesse sentido, os entes menores devem atuar com todo empenho gerencial para se desincumbirem de suas atribuições, cabendo aos entes maiores oferecerem apoio na busca da implantação do interesse público.

O art. 241 da CF88 seria exemplo desse viés da subsidiariedade, decorrente da colocação da cooperação interfederativa como mecanismo de superação das dificuldades institucionais para o desempenho de competências.

A subsidiariedade horizontal, por sua vez, projeta-se na superação do público x privado como posições antagônicas e inconciliáveis, para que as relações entre Estado, sociedade e mercado convirjam, em alguma medida, na busca do bem comum. O reflexo desse aspecto da subsidiariedade pode ser visto nas concessões, nas parcerias público-privadas e nas entidades sociais executoras de serviços públicos.

Nesse sentido, o mandamento da subsidiariedade suplanta aspectos meramente federalistas e dispõe que a “colaboração do Estado, com as comunidades secundárias e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicação do princípio da subsidiariedade”¹⁵⁴

O princípio da subsidiariedade opera na federação brasileira e na legitimação da autonomia municipal, mas também no dever de suporte dos entes maiores às unidades federadas inferiores, bem como que se reflete nas parcerias entre o Estado, o mercado e a sociedade em busca do interesse geral.

Dado esses contornos do princípio da subsidiariedade, é válido destacar sua projeção no NMLSB, porque é justamente nesse contexto, do federalismo cooperativo, que o princípio da subsidiariedade que, como visto, tem caráter relacional, possui incidência. Estabelece mandamentos de otimização de ação conjunta das entidades locais, regionais e central em um mesmo plano de execução.

Aqui, mais uma vez, tem-se a projeção do princípio da subsidiariedade que, pela sua intimidade com o critério da eficiência, “possui caráter ambíguo, visto que pode ser invocado tanto em favor da descentralização de tarefas quanto para justificar sua centralização em níveis superiores”¹⁵⁵ É próprio dessa categoria normativa aliás uma maior flexibilidade de meios de realização demonstrado que como princípio atua em variados graus.

¹⁵⁴BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira., op. cit. p. 46.

¹⁵⁵KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2008. p. 43.

O princípio autoriza, portanto, o fortalecimento da prestação regional, bem como uma maior participação do ente central, desde que se revelem mais eficazes para a implantação da política pública a ser executada.

A participação da União, nesse sentido, vem acompanhada de determinação para que o investimento e o fomento dos projetos ocorram com observância das nossas desigualdades regionais, em atenção a percentuais preferenciais que privilegiam essas localidades. A medida atende “ao próprio federalismo, ao garantir aos demais entes federados a autonomia – acompanhada de efetivas condições – para a consecução de seus objetivos”.¹⁵⁶

O papel do princípio da subsidiariedade, no seu aspecto positivo, aqui é crucial, tendo em vista que atuações insuficientes acarretam o dever das entidades maiores de subsidiar o desempenho ineficiente da atribuição constitucional. Impõe, como visto, a obrigação de estimular, coordenar, suprir e fomentar o desempenho do encargo constitucional.

O município, ente menor, que no Brasil, sob o aspecto formal “é a entidade territorial local investida da autonomia mais abrangente no mundo inteiro”¹⁵⁷ mostrou-se inoperante em cumprir, por si mesmo, a tarefa constitucional. Embora detentor da titularidade ordinária para desempenhar os serviços de saneamento, não conseguiu ser operante no desempenho da tarefa. O que demonstra que sua posição jurídica vigorosa não corresponde à sua real capacidade prática e institucional.

Embora o princípio da subsidiariedade se projete na autonomia dos entes locais e regionais em prol de uma estrutura descentralizada de competências sua realização não significa “fechar os olhos para as realidades político-institucionais concretas” que demandam maior participação do ente central, quando as instancias políticas menores “não tiverem condições estruturais (normativas e fáticas) para resolver determinado problema ambiental”.¹⁵⁸

O princípio da subsidiariedade é mandamento, portanto, que autoriza arranjos federativos de atuação regional sob maior interferência e coordenação dos entes regionais e de um órgão central, na correção dessa evidente disfuncionalidade e em busca da consecução da política pública que busca efetivar um direito fundamental. No caso, o direito social ao saneamento básico.

¹⁵⁶FORTINI, Cristina; FARJADO, Gabriel. **Um olhar histórico-constitucional sobre as concessões de serviço público e as parcerias público-privadas: surgimento e incentivo**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.220.

¹⁵⁷KRELL, Andreas Joachim. Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 128, p. 107-125, 1995.

¹⁵⁸SARLET, I. W. **Princípios do Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 84. E-book. Nesse estudo o autor reconhece igualmente o princípio da subsidiariedade como consagrado de forma implícita na ordem constitucional de 1988 e apresenta as implicações dele, no que denomina federalismo cooperativo ecológico.

O grau de afetação da autonomia federativa dos entes subnacionais é plenamente aceitável em razão do compromisso federativo de cooperação que a realização do princípio da subsidiariedade implica, como será facilmente percebido diante do desafio de universalizar o direito fundamental ao saneamento básico. Para tanto, cabe agora discorrer sobre as principais inovações do NMLSB.

4 O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Em geral os regimes constitucionais ocidentais quando preveem, explícita ou implicitamente em suas constituições um capítulo de direitos econômicos e sociais prometem efetivar direitos caracterizados por prestações positivas. Isso ocorreu como correção do processo histórico do individualismo liberal pela afirmação de objetivos de justiça e de realização de direitos sociais.¹⁵⁹

Com esse modelo, que igualmente caracteriza nossa ordem constitucional, amplia-se o espaço de ação pública que passa a intervir direta ou indiretamente na atividade econômica e na prestação de serviços públicos, implicando ainda na “intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos.”¹⁶⁰

Fábio Konder Comparato chega a advertir que o estado contemporâneo possui como mais novo critério de sua qualidade democrática, que sustentaria inclusive sua legitimidade, a capacidade de efetivar certas finalidades ou objetivos preestabelecidos. Essa orientação finalística, a ser implementadas por políticas públicas, estaria presente marcadamente em Estados sociais, mas também naqueles com pendor neoliberal. Nesse último caso, refere, dentre outras, a formulação de políticas públicas para o fomento da estabilidade monetária ou do equilíbrio cambial.¹⁶¹

Embora entre nós, desde a década de 1990 do século passado, tenha se implementado reformas constitucionais com deslocamento de algumas atividades, caracterizadas como serviço público, à exploração pelo setor privado, o nosso amplo espaço de atuação pública, por imposição constitucional (jurídica) e pela característica (fática) de país em desenvolvimento, permanece. E se revela dirigente no sentido da implantação de uma série de direitos sociais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo. Malheiros, 2006, p. 115.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 88.

¹⁶¹ In: Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

A previsão desses direitos fundamentais sociais (dentre eles o próprio saneamento básico, como visto no primeiro capítulo) com natureza coletiva e exigíveis, não somente individualmente, seria a característica nova do Estado Social, cuja ação governamental é ordenada por “políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.”¹⁶²

Políticas públicas, portanto, podem ser conceituadas como “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados” e que são predispostas a “coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”¹⁶³

O suporte legal dessas políticas públicas são normas e atos jurídicos que não se limitam à formulação das próprias políticas, mas avançam regulando a maneira que serão desempenhadas as atividades necessárias ao alcance dos objetivos almejados. Para tanto, definem entidades específicas com a incumbência de implementá-las, segmentada ou totalmente. É, portanto, o direito “quem cria e estrutura os órgãos e entidades estatais, traçando para cada um deles um plexo específico de atribuições”¹⁶⁴

Numa sociedade complexa e de grande mobilidade, como a atual, boa parte da produção normativa do Estado se insere na moldura das políticas governamentais e não são voltadas mais tanto ao estabelecimento de direitos e situações subjetivas, mas à regulação de procedimentos e processos na seara administrativa e especialmente à “solução de questões de conjuntura (Matsnähmegeetze), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (Lenkungsgeetze)”¹⁶⁵

Após a Constituição de 1988, percebe-se uma progressiva instituição de leis de ação, leis de diretrizes, leis-quadro ou mesmo leis de governança, tendo por objeto a instituição de políticas setoriais. Característica que se intensifica após a reforma constitucional, em meados de 1990, em busca de uma Administração Gerencial que promoveu processos de desestatização e instituiu Agências Reguladoras independentes. No âmbito setorial do saneamento básico coube à União fixar a lei nacional de diretrizes, mercê da competência conferida pelo art. 21, XX da CF88.

¹⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 34 n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

¹⁶³ Idem. *O conceito de política pública em direito. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

¹⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; ANDRÉ, Rosilho. *Direito da regulação e políticas públicas. Direito e política pública. Dois mundos?* São Paulo: Malheiros, 2014. p. 49.

¹⁶⁵ COMPARATO, Fabio Konder., op. cit., p. 45.

Daí se percebe que, do ponto de vista legal, o saneamento básico constitui uma política pública que implementa direito fundamental social que também serve à efetividade de diversos outros direitos sociais, com destaque ao meio ambiente sustentável, à alimentação e à saúde.¹⁶⁶

A política pública de saneamento básico constitui assim um programa formulado por imperativo constitucional e com a exigência de esforços comum por todos os entes federados para sua implantação e melhoria dos serviços, que admite a execução por delegação, possui como lei-quadro a Lei Nacional de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) e tem como objetivo “eficazmente promover a universalização, a integralidade e a disponibilidade do acesso ao saneamento básico”¹⁶⁷.

Interessante notar que as políticas públicas em geral, e mais ainda no caso do saneamento básico, possuem, a um só tempo, como fundamento, a realização imediata de direitos sociais, mas também o próprio conceito de desenvolvimento, haja vista seu caráter de política setorial voltada para o impulsionamento da qualidade de vida em geral.¹⁶⁸

Adota-se no Brasil a acepção legal ampla do conceito de saneamento básico, qual seja: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

Decorre dessa acepção ampla, que o saneamento comporta duas faces; uma como serviço público submetido a este respectivo regime, e voltada à efetivação de direitos sociais; e a outra, como atividade econômica sujeita a pesados investimentos em infraestrutura, que acarretaria a elevação do nível de vida como um todo.

Deve-se ressaltar que a instituição do novo marco legal do saneamento básico trouxe grande discussão sobre a eficácia do desenho do modelo que se pretende adotar, haja vista as características da atividade de saneamento e a necessidade de harmonizar a regulação social (distributiva) e a regulação econômica (vinculada à correção das falhas de mercado e a trazer maior equilíbrio ao setor regulado) que devem ser compatibilizadas com o art. 170 da CF.¹⁶⁹

¹⁶⁶ RIBEIRO, Wladimir Antônio. O saneamento básico como um direito social. **Revista de Direito Público da Economia–RDPE**, Belo Horizonte, ano, v. 13, p. 229-251, 2015.

¹⁶⁷ PIRES, Luis Miguel Fonseca. **O controle judicial das políticas públicas de saneamento básico**. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (Coord.). Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 897-921.

¹⁶⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari., op. cit., p. 90.

¹⁶⁹ BUSTAMANTE, Maria Magalhães de. **Ensaio sobre o estado da arte da regulação do setor de saneamento básico**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 99, p. 191-211, set./out. 2016.

Nesse capítulo, apresentaremos as principais inovações do Novo Marco Legal do Saneamento na perspectiva de que os eixos das alterações legais estão conectados com o problema da compatibilidade entre os arranjos jurídicos instituídos e os contornos do Estado Federal previstos na CF88. Cruzá-los, portanto, faz parte do enfrentamento do problema proposto.

4.1 Saneamento Básico: competência e titularidade dos serviços.

Apresentado o federalismo e os contornos do estado federal brasileiro bem como a direção conferida a esta forma de estado à luz do princípio da subsidiariedade, procuraremos situar as atribuições constitucionais, quanto à política pública de saneamento básico, com foco nas relações interfederativas. Estas prometem conferir maior efetividade e alcance aos serviços de saneamento com a instituição e disciplinamento de arranjos jurídicos institucionais regionais.

Nessa perspectiva, quanto à titularidade e atribuição para a prestação de serviços de saneamento básico, a Constituição Federal de 1988 trouxe “uma sofisticada conjugação de técnicas de repartição de competências no Estado Federal.”¹⁷⁰

Coube à União fixar as diretrizes para o setor (art. 21, XX). Fixou-se a competência comum dos entes federados para promover melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, IX). Tem-se estabelecida a competência dos municípios para a prestação de serviços de interesse local (art. 30, V) e dos Estados para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, e microrregiões, com base no vetor do interesse comum (art. 25, § 3º).

Por fim, considerando a interdependência entre saneamento básico e saúde pública, a Constituição atribui competência ao Sistema Único de Saúde - SUS para participar na formulação da política e na execução das ações de saneamento (art. 200, IV) reiterando, por essa vertente de atribuições, mais um exemplo de competência comum entre os entes federados.

O saneamento possui ainda o influxo direto do disciplinamento constitucional conferido à água, por ser ela seu elemento natural principal. A Constituição de 1988, contudo, partilha o domínio da água entre a União e o Estado e não confere titularidade de águas aos municípios.¹⁷¹

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, agosto/setembro/outubro. 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >. Acesso em: 01 de abr. 2021.

¹⁷¹ Cf., CF88, art. 20, incisos III e VI e artigo 26, VI, dispõem que pertencem à União: a) lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, b) ou que banhem mais de um Estado, c) sirvam de limites com

Cabe à União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e legislar privativamente sobre águas. Compete aos Estados, em seu âmbito, zelar pela aplicação da legislação federal de águas “e impor maiores restrições com vistas à preservação da qualidade da água, conforme as peculiaridades regionais”.¹⁷²

Contudo, um dos principais instrumentos da política nacional de recursos hídricos é a outorga pelo uso da água. “A outorga é tão importante quanto o licenciamento ambiental.”¹⁷³ Conquanto caiba ao ente federal definir critérios de outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos, o instrumento de outorga está afeto tanto à União¹⁷⁴ como ao Estado por serem os detentores constitucionais dos domínios de água.

A outorga implica cobrança pelo uso da água que, embora constitua bem de uso comum do povo integrante do meio ambiente ecologicamente equilibrado, detém valor econômico justamente porque “a água é um recurso natural limitado” e a exigência de outorga para seu uso busca organizar sua disponibilidade e dotar o sistema de recursos para intervenções e programas de melhorias, bem como “realizar um controle efetivo desse bem para garantir o fornecimento público”.¹⁷⁵

Com efeito, a utilização da água para fins de saneamento básico também está sujeita à outorga que poderá ocorrer no âmbito da União ou do Estado, conforme domínio do manancial hídrico utilizado.

Percebe-se, assim, que no caso dos serviços públicos de saneamento ocorrerá uma variação entre o titular do bem (água) e o titular dos serviços, em regra os municípios, “e nada há de conflituoso nessa diversidade, tendo em vista que o ente titular do bem não é livre para recusar a outorga do uso ao ente titular do serviço.” É que o ato de outorga é vinculado. Preenchido os requisitos legais, tem-se “o direito público subjetivo à outorga do uso do recurso hídrico necessário à prestação”¹⁷⁶.

outros países, d) se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, e) terrenos marginais, f) praias fluviais, g) mar territorial; por sua vez confere aos Estados o domínio sobre: águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, nesse caso, as decorrentes de obras da União.

¹⁷² MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 5. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

¹⁷³ SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

¹⁷⁴ No âmbito da administração pública federal cabe à ANA outorgar o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, por força do art. 4º, IV da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000.

¹⁷⁵ SIRVINSKAS, L. P., op. cit.

¹⁷⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal 14.026/2020**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

Nesse sentido, os recursos hídricos, em si, não são considerados integrantes dos serviços públicos de saneamento básico, embora o saneamento seja um grande usuário da água¹⁷⁷. O NMLSB mantém essa lógica, mas aproxima fortemente as políticas públicas de recursos hídricos da política de saneamento básico. Reconhece a responsabilidade do setor de saneamento na garantia da reservação de água bruta; direciona, como unidade de referência para o planejamento das ações de saneamento, a observância da bacia hidrográfica; impõe ainda a compatibilização dos planos de saneamento com os planos das respectivas bacias.

Com a percepção da “via de mão dupla entre a gestão de recursos hídricos e os serviços de saneamento básico”¹⁷⁸ promove-se uma integração mais efetiva entre essas duas políticas, valendo-se do papel da própria ANA, que passa a atuar no setor de saneamento com função normativa uniformizadora, em conjugação com suas competências originárias para a gestão regulatória dos recursos hídricos.

Destarte, a política pública de saneamento básico, afora alcançar seus próprios e específicos fins, “haverá de submeter-se também à política nacional de recursos hídricos e às suas metas, na gestão global das águas nacionais.”¹⁷⁹ Firma-se assim um maior compromisso do setor de saneamento na garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado na perspectiva do uso racional dos mananciais hídricos, na compreensão de que a água não é um bem natural infinito e deve ser conservada para as presentes e futuras gerações.

Esse quadro constitucional complexo de atribuições, com clara exigência de articulação institucional, aliado ao fato de a LNSB, em sua origem, não ter estabelecido explicitamente as situações e os respectivos entes federados titulares dos serviços de saneamento básico sempre foi fator de insegurança jurídica e obstáculo ao desenvolvimento do setor.

A origem da celeuma estaria no PLANASA que, na década de 1970, incentivou a criação de 27 Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs). Estas, na prática, dominaram o setor mediante delegação dos serviços pelos municípios, induzidos pela União que manejava os instrumentos de financiamento do setor sem grande deferência ao quadro de competências federativas, muito em razão do momento centralizador e autoritário que se vivia¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Apartar a água da definição legal de serviços de saneamento tem fundamento na sua insuscetibilidade de apropriação enquanto bem de uso comum do povo, cujo domínio público está sob a guarda de entes políticos: União e Estado. Nesse sentido MILARÉ, Édis., op. cit.

¹⁷⁸ GRANZIERA, Maria Luiza Machado e FEREZ, Daniela Malheiros. **O papel do saneamento básico na proteção dos recursos hídricos**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 8.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto., op. cit.

¹⁸⁰ LONGO FILHO, Fernando José. Regiões metropolitanas, saneamento básico e privatizações. **Interesse público – IP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 119, p. 189-208, jan./fev. 2020.

Nem a instituição da LNSM, já sob a ordem constitucional de 1988, foi capaz de trazer uma definição clara sobre a titularidade dos serviços. A pressão dos Estados, com receio de enfraquecimento de suas CESBs, e a atuação municipal, agora fortalecidos juridicamente, bloquearam uma solução legislativa expressa sobre a questão pela redação originária da Lei Federal nº 11.445, de 5 de maio de 2007.¹⁸¹

Os conflitos entre municípios (interesse local) e estados (interesse comum) se arrastavam em torno da titularidade dos serviços de saneamento, notadamente quando envolvia a instituição de região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões e se projetavam em medidas concretas de formulação dessas políticas pelos entes subnacionais.

A doutrina refletia igualmente a divergência de posicionamentos sobre o significado do enunciado constitucional do art. 25, § 3º da CF88, que dispõe sobre regiões metropolitanas e as competências respectivas para o desempenho das funções públicas de interesse comum, notadamente em torno da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico. Forte corrente doutrinária encampou a tese denominada “estadual-metropolitana”, que atribuía ao Estado a titularidade dos serviços com exclusão dos municípios. No outro extremo, havia igualmente uma corrente municipalista¹⁸².

Não obstante a forte corrente estadual-metropolitana, nomes de peso extraíam do enunciado do art. 25, § 3º um sentido diverso, sob a projeção do federalismo de cooperação, e alinhado com o evidente propósito de articulação, coordenação e mesmo execução conjunta de atribuições cujo sentido não significaria “permitir aos Estados a avocação de competências atribuídas aos Municípios”¹⁸³. Ao revés, propugnava-se então que a solução estaria na titularidade compartilhada ou conjunta entre estado e município.

Nesse sentido, Alaôr Caffé após marcar que havíamos superado o federalismo dual sustenta que “não há como deixar de interpretar que aquelas funções públicas de interesse comum são de competência conjunta (comum) dos Municípios metropolitanos e do Estado que os integram, num regime compartilhado”¹⁸⁴.

¹⁸¹ Houve ainda quem propagasse o acerto de uma opção legislativa que fosse silente sobre a questão da titularidade, com base no entendimento de que o espaço para definição de competência deve ser exclusivamente a própria Constituição Federal. Nesse sentido há manifestação expressa em parecer sobre o projeto da lei federal de diretrizes para o saneamento básico e que logrou publicação por seu autor como artigo acadêmico. Ver MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O marco legal do saneamento no Brasil. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7247-7293, maio 2006.

¹⁸² O apanhado de posições pode ser conferido em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo., op. cit.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ ALVES, Alaôr Caffé. **Questões urbanas regionais: Estado, Municípios e Regiões metropolitanas no Brasil. Articulações jurídicas e conflitos institucionais.** In; MENDES, G. F.; CARNEIRO, R. A. Gestão pública e direito municipal. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

Na mesma toada José Afonso da Silva¹⁸⁵ que, após alertar sobre a superação da literatura formada sob o regime anterior, enfatiza que “essa titularidade não pode ser imputada exclusivamente a uma única entidade político-administrativa” na consideração de que:

“bem se pode aceitar o entendimento que Alaor Caffé Alves dava para a titularidade dos serviços comuns. Ou seja: a titularidade não pode ser imputada a qualquer das entidades em si, mas ao Estado e aos Municípios envolvidos, não em termos de cooperação mútua entre esses níveis de governo, como propugnava autor [...] porque a lei complementar estadual, ao instituir a região metropolitana, implica a definição das funções públicas de interesse comum. Comum a quem? Funções públicas de interesse comum a Estado e Município na região metropolitana e essa parece-nos a fundamental alteração que a atual formulação constitucional implica.”

Esse entendimento encontrou eco nas discussões em torno da instituição da LNSB, embora tenha a legislação optado por silenciar sobre a titularidade. Nesse sentido, colhe-se o posicionamento de Floriano de Azevedo Marques Neto de que mais relevante de que a disputa por uma definição de titularidade seria a instituição de mecanismos de articulação entre os entes federados em prol do objetivo comum.¹⁸⁶

Sem desconsiderar que em regra a competência para prover os serviços de saneamento seja do Município, Marçal Justen Filho reconhece a real possibilidade de configuração, em certas situações, de “interesses supra-locais ou conjuntos de diversos entes federados” e que, nesse cenário, configuram-se “interesses municipais e estaduais – refletindo-se na titularidade conjunta dos serviços”. Nesse sentido, faz referência à “integração do Município em uma região metropolitana” como um firme indicativo de que os serviços de saneamento básico “devem ser considerados como de interesse supramunicipal”.¹⁸⁷

Com efeito, a concepção que enseja a transferência de titularidade, com exclusividade, ao estado viola a autonomia municipal e seu consectário de autoadministração. O alijamento do município em serviço essencial com inegável repercussão local não parece encontrar respaldo no federalismo tridimensional e cooperativo adotado pela Constituição Federal de 1988, especialmente quando o ente federado é chamado ao exercício de função pública regional de interesse comum.

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 8. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 165.

¹⁸⁶ Embora não formule explicitamente a ideia de titularidade conjunta ou compartilhada, afasta expressamente a concepção de transferência ou avocação da competência ao Estado, no caso de instituição de região metropolitana, e apresenta uma leitura da região metropolitana como organismo composto pelos entes federados implicados (Estado e Municípios), que atuariam em conjunto, efetivando o próprio ideário do federalismo de cooperação. In: O marco legal do saneamento no Brasil. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7247-7293, maio 2006.

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer versando sobre a minuta do anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico**. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revisa. Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2022.

Nesse passo, o compartilhamento da titularidade, embora traga o desafio da governança conjunta, é a solução que encontra pertinência de validade constitucional e conta ainda com referência no direito comparado pela similitude “aos *Kreise* alemães” em que o ajuntamento de municípios e estado passa a deter conjuntamente a titularidade e o poder concedente “ou seja, o colegiado, formado pelos municípios mais o estado federado, decida como integrar e atender adequadamente à função de saneamento básico.”¹⁸⁸

O silêncio legislativo inicial sobre a questão, contudo, lançou a celeuma ao judiciário. Essas disputas acabaram chegando no Supremo Tribunal Federal, cujo principal paradigma é o julgamento pelo STF da ADI 1842-RJ. Discutiu-se nela a constitucionalidade de normas estaduais¹⁸⁹ que instituíram a região Metropolitana do Rio de Janeiro e da Microrregião dos Lagos. Essas Leis atribuíram ao referido Estado a qualidade de poder concedente para a prestação dos serviços de interesse metropolitano e fixaram regras sobre interesse comum e exercício de funções e serviços integrados ou mesmo supramunicipais.

Do julgamento, extrai-se que ficou estabelecido ser o saneamento básico, em regra, um serviço de interesse local, portanto de titularidade dos Municípios, sendo, contudo, compartilhada a titularidade entre Municípios e Estados nos casos de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, mercê do interesse comum. Enfatizou-se ser compulsória a participação dos Municípios nessas situações pela ausência de incompatibilidade dessa característica com a autonomia municipal e a necessidade de atender ao interesse comum.

Ressaltou-se ainda a necessidade de, nesses arranjos, evitar-se a concentração do poder decisório “na mão de um único ente”, reconhecendo que o poder concedente e a titularidade deveriam ser do Colegiado, formados pelos Municípios e pelo Estado que, no entanto, não poderia permitir a concentração de poder decisório por um único ente.¹⁹⁰

Embora não haja dúvida quanto a esses pontos fixados no julgado, algumas particularidades do julgamento dessa ADI 1842-RJ, que versa sobre tão importante política pública, merecem ser destacadas.

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Regiões metropolitanas e saneamento público**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; et al. (Coord.). *Direito Público em Evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*: Fórum, 2013. p. 685-698.

¹⁸⁹ Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1842-RJ**. Partido Trabalhista Brasileiro. Governador do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Luiz Fux. Redator Min. Gilmar Mendes. **Acórdão. Tribunal Pleno. DJE, 12 de mar. 2013**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345164532&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 de jan. 2021.

Primeiramente, trata-se de ação ajuizada em 1998 e, conquanto veiculada com pedido cautelar, o então Relator resolveu diferir a apreciação para levar ao plenário e apreciá-la junto com o mérito, em razão da relevância do tema. Ocorre que, em razão de incidentes para habilitação de interessados, bem como por conta de pedidos de vista pelos Ministros, o julgamento em plenário somente se deu, em definitivo, no dia 06 de março de 2013.

Foram quase 15 (quinze) anos de indefinição de matéria tão sensível às competências federativas e a uma política pública essencial para efetividade do direito fundamental ao saneamento básico. Após julgado em plenário, houve interposição de embargos de declaração, que somente foi apreciado e julgado em 23 de novembro de 2020, dando-se o trânsito em julgado em 15 de dezembro de 2020.

Nessa ação, houve ainda votos com fundamentos e posicionamentos diversos no decorrer do longo julgamento que fez com que “o setor se aprofundasse em dúvidas acerca de qual arranjo institucional seria aquele mais apto a aferir segurança jurídica para se estruturarem projetos”¹⁹¹.

Essa situação evidencia bem as ressalvas de Joaquim Falcão quanto a uma visão idealizada do STF e a necessidade de se construir bases teóricas a partir de um “constitucionalismo de realidade” que leve em conta as “características constatadas do processo decisório do Supremo, específicas da realidade constitucional brasileira”¹⁹².

Voltando ao julgado, cabe referir que nos embargos declaratórios suscitou-se interessante questão. A embargante alegou que a decisão não fixou parâmetros que orientem a governança da região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião.

Embora o Tribunal, por unanimidade, tenha rejeitado os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator, Min. Gilmar Mendes, apresentou fundamentação que se alinha com maior deferência, e mesmo com uma certa autocontenção, em face das formulações de políticas públicas ao afirmar que “Ao Poder Judiciário não cabe a elaboração de políticas públicas, competência do Poder Legislativo” e ao aduzir que “não é responsável pela edição de leis, mas pela fiscalização da constitucionalidade delas”¹⁹³.

¹⁹¹ GALLACCI, Fernando Bernardi. **Reflexão acerca das disputas jurídicas envolvendo o setor de saneamento brasileiro**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC, vol. 21, novembro-dezembro 2015.

¹⁹² Cf., **A razão sem voto e um constitucionalismo de realidade**. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. E-book Kindle.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1842-RJ. **Rel. Min. Gilmar Mendes. Embargos de declaração. Acórdão**. Plenário. DJE, 03 de dez. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345164532&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 de jan. de 2021.

Asseverou então que a modulação dos efeitos foi justamente para que os entes competentes construíssem o modelo para desempenho das atividades compartilhadas, observando os parâmetros já fixados para o arranjo metropolitano.¹⁹⁴

Nesse sentido, não se pode perder de vista que para suplantar o subdesenvolvimento, com a adoção de políticas públicas eficientes, deve-se primeiro compreender que as barreiras a ele são “bastante complexas e depende da adoção de estratégias pactuadas pelas diversas forças políticas, sociais e econômicas de um país” e que, embora o judiciário deva fazer parte dessa conjugação de esforços, sua presença não deve ser sobrevalorizada¹⁹⁵.

4.2 O Acreditamento na prestação regionalizada.

O Novo Marco Legal do Saneamento Básico - NMLSB prescreveu para o setor arranjos institucionais que levaram em conta o paradigma da ADI nº 1842-RJ, explicitando a titularidade dos serviços conforme a decisão do STF e possibilitando, com maior clareza, incentivo à regionalização no desempenho da política pública. Estabeleceu maior integração entre os entes federados que devem conjugar esforços na observância da competência comum de melhorar a atividade de saneamento. Dada a importância dos enunciados para o enfrentamento das questões aqui postas, cabe trazê-los à colação:

“Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições: (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”

Com efeito, o NMLSB supera a celeuma que então pairava em torno da definição da titularidade dos serviços de saneamento e explicita o exercício da titularidade em conformidade com o entendimento do STF sobre o tema.

Em regra, portanto, os municípios exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento em razão do interesse local vinculado a essa atividade. Nas hipóteses, contudo, em que

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo Direito Público FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62501>>. Acesso em: 27 de jan. 2021.

configurado interesses supra-locais, a titularidade poderá ser exercida em conjunto pelos Municípios e Estado, como explicitado para as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Há ainda a possibilidade do exercício da titularidade por gestão associada via consórcio público ou convênio de cooperação¹⁹⁶.

Trata-se de significativo avanço quanto às bases estruturais da política pública de saneamento no país e um passo firme no caminho para maior segurança jurídica no setor.

Ocorre que, além de prescrever os entes titulares dos serviços de saneamento, as alterações legislativas trazem, em cumprimento ao princípio da regionalização, opções de estruturação interfederativa para prestação regionalizada dos serviços.

A prestação regionalizada constitui um vetor, uma diretriz, do novo marco regulatório. Com efeito, o problema central a ser enfrentado aqui diz respeito à instituição de novos arranjos jurídico-institucionais para prestações regionalizadas e sua compatibilidade com o desenho do Estado Federal disciplinado na Constituição de 1988.

É saber se esses novos arranjos veiculados por Lei emanada da União, e que lhe confere maior centralidade na estruturação jurídica da política pública de saneamento, são compatíveis com a configuração do Estado Federal brasileiro e a autonomia de seus entes, notadamente o município, que detém a titularidade ordinária dos serviços de saneamento. O problema indicado se coloca especialmente à luz da vertente do federalismo de cooperação encampada pela Constituição de 1988.

Dito isso, importa trazer os arranjos institucionais tais quais enunciados no novo marco regulatório, que confere uma tipologia para eles, bem como os define:

“Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

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;” Grifo nosso.

¹⁹⁶ “A competência para prover os serviços públicos de saneamento básico nem sempre é exclusivamente de um único Município” conforme já tinha alertado Marçal Justen Filho no parecer elaborado versando sobre a minuta do anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico., op. cit.

Os serviços públicos de saneamento serão prestados assim com suporte no princípio fundamental da prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira, mas com o dever de adotar métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais¹⁹⁷. A regionalização foi então estruturada com o objetivo de promover “não apenas a ampliação, mas, sobretudo, a reconfiguração da prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico.”¹⁹⁸

Revela a tentativa de superar a visão municipalista superdimensionada com fundamentos jurídico-formais de natureza federalista para tentar “compreender o problema sob os enfoques histórico-econômico e administrativo e para chegar a uma atitude conciliadora entre o jurídico-constitucional e o administrativo-econômico”¹⁹⁹.

Embora centrando nossa abordagem no aspecto dogmático jurídico, comporta nesse tópico estabelecer breves considerações sobre ‘arranjos institucionais’ na perspectiva descritiva. A primeira característica é que se trata de expressão de “campo de saberes compartilhados”. Daí a importância de adjetivá-lo com o signo ‘jurídico’ compondo a designação ‘arranjos jurídico-institucionais’ para se referir à juridicização do fenômeno como “sua institucionalidade jurídica peculiar, seu conjunto ou estrutura normativa (no mais das vezes formal, mas também informal)”²⁰⁰.

Portanto, os arranjos jurídico-institucionais são “tipicamente, as normas e processos que definem e classificam os elementos estruturantes da política pública, bem como delimitam responsabilidades, funções e competências”. Alcançam entes e agentes públicos e privados, imputam consequências e sanções, promovem o fomento e “sistemizam a vigência simultânea das normas referentes àquela política pública vis-à-vis outros programas de ação governamental.”²⁰¹

¹⁹⁷ Cf., art. 2º, V e XIV da Lei 11.445/2007 com redação pela Lei nº 14.026, de 2020.

¹⁹⁸ BORGES, Jéssica Suruagy Amaral e VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico** In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

¹⁹⁹ KRELL, Andreas J. Subsídios para uma Interpretação Moderna da Autonomia Municipal na Área da Proteção Ambiental. **Interesse Público IP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51472>>. Acesso em: 14 de abr. 2020.

²⁰⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. **Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas**. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo, 2017. p. 313-340. Disponível em: <https://cesmac.edu.br/admin/wp-content/uploads/2020/02/BUCCI-Arranjos_juridico-institucionais.pdf>. Acesso em: 14 de abr. 2022.

²⁰¹ Ibid.

Nesse sentido, é possível afirmar que arranjos jurídicos institucionais realizam “distribuição de papéis, ou de posições subjetivas jurídicas”²⁰² e, com base nessas considerações, mas sob a lente da dogmática jurídica, é que analisaremos essas figuras estruturantes da regionalização dos serviços de saneamento básico, conforme disposição do seu novo marco legal.

No intuito de superar a fragmentação que até então marcaram os serviços de saneamento, o novo marco avança com a prestação regionalizada e, valendo-se de técnica legislativa própria da lei de diretrizes, traz definições legais de grande significado para a configuração normativa da regionalização.

A legislação setorial apresenta, inicialmente, os conceitos de serviços de saneamento básico de interesse comum e de interesse local²⁰³. Este, como os serviços e funções públicas cujas infraestruturas e instalações operacionais atendam a um único Município.

Os de interesse comum, como aqueles prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por Lei Complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios, denotando a necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais.

Prescreve ainda a definição de prestação regionalizada, como 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.

A prestação regionalizada buscou, de alguma forma, apinhar, no todo ou em parte, as diversas titularidades dos serviços de saneamento básico em torno de uma autoridade única e é possível extrair dessa medida uma tipologia de arranjos jurídicos regionais que serão aqui aglutinadas em três modalidades: a) compulsória; b) voluntária e c) híbrida.²⁰⁴

4.2.1 A modalidade compulsória: regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

²⁰² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2ª.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 299.

²⁰³ Cf., art. 3º, XIII e XIV da Lei 11.445/2007 com inclusão pela Lei nº 14.026, de 2020.

²⁰⁴ Apanhamos essa classificação, porque decorrente dos enunciados normativos e úteis à descrição do objeto, de BORGES, Jéssica Suruagy Amaral e VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico** In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

Essa modalidade é representada pela região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião. Esse arranjo jurídico institucional é a mais pura tradução da dinâmica existente entre conteúdo e organização, entre matéria e forma. Surge em decorrência da urbanização acelerada e das complexas necessidades econômicas e sociais imbrincadas nesse contexto em que “o conteúdo estrutural e funcional de algumas cidades se ampliou e se intensificou, desenvolveu-se amplamente, enquanto sua organização política e administrativa continua ainda sendo tradicional”²⁰⁵

A conurbação de cidades e o crescimento de polos metropolitanos exigiram, portanto, nova organização com atribuição de quadro de competências apto ao exercício de funções públicas de natureza urbano-regional. As regiões metropolitanas fortemente adensadas a demandar serviços públicos integrados ensejaram um deslocamento, uma discrepância “entre o fenômeno urbano e a unidade territorial político-administrativa de caráter local.”²⁰⁶

Há descrição que conceitua região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião marcando as diferenças entre elas²⁰⁷. O direito objetivo, contudo, demarcou esses arranjos visto que o estatuto da metrópole traz a definição deles. Com efeito, região metropolitana está lá definida como unidade regional instituída pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum; a aglomeração urbana figura como unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 (dois) ou mais Municípios limítrofes, caracterizada por complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômica;

Houve silêncio quanto às microrregiões no estatuto da metrópole, não obstante ter expressamente determinado a aplicação de suas disposições a elas quando tiver características predominantemente urbanas. A doutrina em geral considera que nas microrregiões não há continuidade urbana e que " existem Municípios limítrofes relativamente semelhantes, sem que

²⁰⁵ ALVES, Alaôr Caffé. O meio ambiente urbano e a proteção ambiental. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**. Belo Horizonte – ano 1, n. 2, mar/abr. 2022.

²⁰⁶ Idem. **Questões urbanas regionais: Estado, Municípios e Regiões metropolitanas no Brasil. Articulações jurídicas e conflitos institucionais**. In: MENDES, G. F.; CARNEIRO, R. A. Gestão pública e direito municipal. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 78.

²⁰⁷ Nesse sentido SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 8. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 157., para quem: “*Região metropolitana* constitui-se de um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em tomo de um Município. *Microrregiões* formam-se de grupos de Municípios limítrofes com certa homogeneidade e problemas administrativos comuns, cujas sedes não sejam unidas por continuidade urbana. *Aglomerações urbanas* carecem de conceituação, mas de logo se percebe que se trata de áreas urbanas sem um polo de atração urbana”. Grifo do autor.

nenhum predomine, que seja mais importante. É a lei complementar que vai estabelecer uma cidade-sede”²⁰⁸

Gilmar Mendes indica duas dificuldades que são especialmente agravadas pelo fenômeno metropolitano: a inviabilidade de o município isoladamente exercer certas funções em decorrência de limitações técnicas e econômicas e a possibilidade de bloqueio por um único ente local de medidas necessárias que interessariam a diversas outras comunidades.²⁰⁹

A previsão de instituição da região metropolitana surge, portanto, nesse contexto e para fazer frente aos desafios de cunho administrativo regional na busca do interesse comum. O arranjo jurídico regional metropolitano aparece primeiramente na ordem constitucional de 1967 (art. 157, § 10), bem como na EC nº 1/1969 (art. 164) no âmbito da ordem econômica que conferia à União a competência de instituí-la por meio de Lei Complementar.

A constituição de 1988 desloca o instituto para o Título III que trata da Organização do Estado e promove alteração subjetiva para dispor no § 3º do art. 25 que cabe ao Estado a competência de instituir a região metropolitana, igualmente por lei complementar. Acrescenta ainda as figuras da aglomeração urbana e das microrregiões, que, em realidade, são agregações que “prenunciam” o aparecimento da região metropolitana²¹⁰.

Esses arranjos “São entidades administrativas, superpostas aos Municípios”²¹¹, mas com aptidão funcional, que as torna vocacionadas a compor o agrupamento dos municípios metropolitanos no planejamento, organização e execução das funções públicas de interesse comum. Não compõem a federação dado que possuem apenas feição administrativa e não política. Sua instituição está espacialmente delimitada ao âmbito do respectivo Estado federado que a instituir. Operam com forte viés intergovernamental e possuem, no interesse comum, a tônica de sua instituição.²¹²

Da disposição constitucional do § 3º do art. 25 da CF88 extrai-se os requisitos para a sua instituição: formalmente, exige-se Lei complementar estadual; estruturalmente requer o

²⁰⁸ TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

²⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Regiões metropolitanas e saneamento público**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; et al. (Coord). *Direito Público em Evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*: Fórum, 2013. p. 685-698.

²¹⁰ ALVES, Alaôr Caffê. **Questões urbanas regionais: Estado, Municípios e Regiões metropolitanas no Brasil. Articulações jurídicas e conflitos institucionais**. In; MENDES, G. F.; CARNEIRO, R. A. *Gestão pública e direito municipal*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 83.

²¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book.

²¹² ALVES, Alaôr Caffê., *op. cit.*, p. 86

agrupamento de municípios limítrofes; por fim, funcionalmente, deverá ensejar a integração da organização, do planejamento e da execução de funções públicas de interesse comum.

O principal traço desse tipo de regionalização é que os municípios se vinculam a ela independentemente da vontade deles. A relação regional metropolitana é, portanto, de caráter compulsório. O enunciado do art. 25, § 3º da CF88 “não compreende a instituição de associações voluntárias.”²¹³

O NMLSB, atento à autonomia municipal, trouxe mais um requisito para que esteja caracterizado o interesse comum apto à autorizar a instituição desses arranjos institucionais compulsórios. Trata-se do compartilhamento efetivo de instalações operacionais pelos municípios integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.²¹⁴ Revela-se “um aprimoramento importante”²¹⁵, pois não é coerente vedar a um ente municipal, situado nesses arranjos regionais, mas que não dependa dos demais entes que os compõe (seja o Estado ou outro município) de prestar o serviço de saneamento individualmente com base na preservação de sua titularidade atrelada ao interesse local.

Com efeito, para que o interesse local seja agregado ao interesse comum regional exige-se para os serviços de saneamento o compartilhamento efetivo de instalações operacionais. Porém não se trata de requisito de difícil ocorrência em razão da complexa infraestrutura dos serviços de saneamento básico, notadamente para o fornecimento em rede de água e esgotamento sanitário, foco da nossa análise.

O NMLSB explicitamente considera serviços públicos de abastecimento de água a sua distribuição mediante ligação predial, incluídos eventuais instrumentos de medição, bem como, quando vinculadas a essa finalidade, as atividades de reservação, captação, adução e tratamento de água bruta, e ainda a adução e reservação de água tratada.

Quanto aos serviços de esgotamento sanitário, dispõe que são aqueles constituídos por uma ou mais das atividades de coleta, incluída a ligação predial, transporte, tratamento e disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais de forma ambientalmente adequada, incluídas fossas sépticas.

Fácil perceber que nessa escala que envolve os serviços é muito provável que eles transponha os limites territoriais de determinada entidade política local, com necessário compartilhamento de instalações operacionais.

²¹³ Ibid., p. 94.

²¹⁴ Cf., art. 8º, II, da Lei 11.445/2007, incluído pela Lei nº 14.026, de 2020.

²¹⁵ AQUINO, Marcelo de. **A prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico**. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). Novo marco legal do saneamento. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 267-273.

Não obstante, para os casos em que esse compartilhamento operacional não ocorra de fato, o novo marco garante a possibilidade de implementação isolada dos serviços pelo ente municipal, no que prestigia sua autonomia e posição destacada no âmbito do Estado federal brasileiro.

Os municípios, em que pese a relação compulsória, quando da criação da região metropolitana não se sujeitam a um gerenciamento solitário dela pelo Estado que a instituiu. Deve-se garantir representação do Estado e dos Municípios que a compõe na participação das funções diretivas, normativas e administrativas. É certo, contudo, que essa gestão colegiada não se dará de forma paritária, porque “não se exige que o Estado ou o município-polo tenham peso idêntico a comunidades menos expressivas, seja em termos populacionais, seja em termos financeiros”²¹⁶.

Não se deve permitir a concentração de poder decisório, mas também não se exige uma gestão paritária. A autonomia municipal bloqueia a concentração do poder decisório e regulatório, mas não tem o alcance de impor um peso decisório paritário, sob pena de inviabilizar a gestão eficiente no exercício das funções públicas de interesse comum regional²¹⁷.

O Estatuto da Metrópole traz alguns diretrizes para a instituição da governança e impõe que a criação de uma região metropolitana, de aglomeração urbana ou de microrregião seja precedida de estudos técnicos e audiências públicas que envolvam todos os Municípios pertencentes à unidade territorial. Contudo, a conformação da estrutura de governança interfederativa, incluindo a organização administrativa e o sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas, fica a cargo da Lei Complementar Estadual.

Nesse sentido, há largo espaço para conformação do legislador estadual, notadamente sobre as atribuições das instâncias executiva e colegiada da governança interfederativa. Há quem enxergue nesse silêncio da legislação federal um potencial de insegurança jurídica, notadamente quanto a matérias mais sensíveis que vão desde o exercício do poder concedente a alguns parâmetros que disciplinam a relação interfederativa e de governança como “critérios de voto, poderes de veto, resolução de impasses, de conflitos e aportes financeiros”²¹⁸.

Essa modelagem do sistema de governança é realmente um grande desafio na instituição desses arranjos. O papel uniformizar da ANA que ganhou a competência de instituir normas de

²¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira., op. cit.

²¹⁷ Em que pese encontrarmos a defesa da paridade decisória na gestão da região metropolitana, como defendida por ALVES, Alaôr Caffê., op. cit. p. 92. O fato é que a regra que afasta a paridade encontra suporte no entendimento firmado pelo STF, que enfrentou a questão no julgamento da ADI 1842/RJ.

²¹⁸ BORGES, Jéssica Suruagy Amaral e VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico** In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **O Novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

referência regulatória, dentre outros temas, sobre governança, pode ter função importante na apresentação de estruturas administrativas compartilhadas mais exitosas e menos conflituosas. A agência, contudo, deverá ter o cuidado de apresentar modelos que viabilizem a prestação regional sem descuidar das heterogeneidades de um país tão extenso e diverso como o Brasil.

4.2.2 A Modalidade Voluntária: gestão associada por convênio de cooperação e consórcio público.

A modalidade voluntária está caracterizada pela abertura à gestão associada via convênio de cooperação e consórcio público. Trata-se da face mais nítida do federalismo de cooperação decorrente do enunciado do art. 241 da CF88 que foi introduzido pela EC nº 19 no ambiente da reforma administrativa da década de 1990.

Procurou-se então estabelecer uma administração gerencial e para tanto era necessário oferecer novos instrumentos de aproximação entre a administração e o setor privado, bem como possibilitar meios de colaboração entre as próprias entidades públicas na busca de ações estatais mais eficientes e menos custosas.²¹⁹

Da previsão constitucional do art. 241 decorre a Lei Federal nº 11.107, datada de 6 de abril de 2005, que veicula normas gerais de contratação de consórcios públicos e que tem aplicação, no que couber, aos convênios de cooperação.

Essas modalidades de parcerias, travadas por entes federados para superação de iguais dificuldades e alcance de objetivos comuns, demonstram a face consensual do próprio direito administrativo, vocacionado a “uma maior valorização dos resultados, muitas vezes em detrimento do procedimento.” A gestão associada, por consórcio público e convênio de cooperação, representa, de certa forma, a própria administração pública consensual, “que procura se utilizar mais de pactos do que de atos unilaterais”.²²⁰

Com efeito, a gestão associada por consórcio e convênio possui potencial de instrumentalizar as relações interfederativas no setor de saneamento. Há, contudo, distinções entre os consórcios públicos e os convênios de colaboração que merecem ser pontuadas, porque decor-

²¹⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Consórcios públicos e o marco legal do saneamento básico**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *O Novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

²²⁰ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Consórcios públicos e desenvolvimento. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 25-39, jul./set. 2013.

rente do próprio disciplinamento legal. A diferença mais explícita está na atribuição de personalidade jurídica aos consórcios público, enquanto os convênios de cooperação existirão “como simples acordos temporários de atuação conjunta, sem que deles resulte criação de pessoa jurídica”.²²¹

No consórcio, que pode assumir a forma de associação pública ou pessoa jurídica de direito privado, seu interesse “não se confunde com os interesses específicos de cada uma das entidades que contribuíram para sua formação”²²² Nos convênios, por outro lado, “as relações jurídicas com terceiros são efetivadas em nome dos partícipes”²²³, em razão de que esse instrumento não adquire autonomia para figurar como pessoa jurídica e conseqüentemente como sujeito de direitos e obrigações.

Aos consórcios públicos, portanto, foi reconhecida natureza contratual e como condição para sua celebração exige-se a precedência de protocolo de intenções a ser ratificado por Lei ou previsto legalmente. Nesse ponto, já quanto aos convênios de cooperação, o Novo Marco do saneamento trouxe maior facilidade para seu manejo ao dispensar, para este instrumento específico, a autorização legal²²⁴.

Não obstante a maior facilidade para gestão associada por convênio, o Novo Marco trouxe previsão expressa de consórcio interfederativo municipal. A modalidade exige a instituição de consórcio por associação pública, com natureza de direito público. A sua formalização contará exclusivamente com Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de autarquia intermunicipal formalizada por consórcio.

Nesse caso, estabeleceu-se vedação, na linha de fomento da concorrência pelo setor, da utilização pela autarquia intermunicipal do contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado sem prévio procedimento licitatório.

A previsão é louvável, porque abre a possibilidade de prestação direta por gestão associada e, no caso de subdelegação, apenas exige prévia licitação. Estrutura-se mais uma opção de atuação regionalizada em prestígio aos municípios, mas sem descuidar das linhas da reforma

²²¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na Administração Pública. **Revista de Direito do Terceiro Setor-RDTS**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, jan./jun. 2012.

²²² DALLARI, Adilson Abreu., op. cit.

²²³ GROTTI, Dinorá Adelaide., op. cit.

²²⁴ “Os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, em caso de convênio de cooperação, a necessidade de autorização legal.” Art. 8, § 4º da Lei 11.445/2007 incluído pela Lei nº 14.026, de 2020.

que procuraram evitar a contratação sem licitação, mediante mero contrato de programa, como ocorria no cenário anterior.

Nesse sentido, o NMLSB reafirma os consórcios como importantes instrumentos de realização da política pública do saneamento básico, porque é capaz de desenvolver “governança multinível com a conjugação de esforços de entes de mesmo nível federativo (horizontal) e de níveis federativos distintos (vertical)”²²⁵ no que contribui para a efetividade da regionalização e da maior coordenação interfederativa talhadas no Novo Marco.

4.2.3 A modalidade híbrida: unidade regional de saneamento básico e bloco de referência.

A modalidade híbrida está identificada nos novos institutos de prestação regionalizada trazidos pelo NMLSB e estruturados com a designação de: unidade regional de saneamento básico e bloco de referência. Esses arranjos representam de fato os novos contornos da regionalização, tendo em vista que as figuras das regiões metropolitanas e assemelhadas, bem como a figura da gestão associada (via consórcio público e convênio de cooperação) já eram conhecidas e manejadas, havendo, quanto a elas, apenas a incidência das novas diretrizes decorrentes das alterações promovidas no setor.

A natureza híbrida dessas duas modalidades de arranjos jurídico institucionais decorre de “um misto de compulsoriedade e voluntariedade na sua formação”²²⁶. É que, embora ensejem agrupamentos de municípios, a sua instituição prescinde deles, que não receberam a competência de criá-los. Contudo, a operacionalização desses arranjos depende da adesão dos municípios formalmente agrupados e, essa adesão, é voluntária, até por respeito à autonomia dos entes locais.

A unidade regional de saneamento básico é instituída pelos Estados mediante lei ordinária para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica às entidades políticas locais menos favorecidos e sua constituição ocorre pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes. Ela deve contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por

²²⁵ REQUI, Érica Miranda dos Santos. **A prestação regionalizada e a gestão associada de serviços públicos de saneamento**. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). Novo marco legal do saneamento. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 255-265.

²²⁶ BORGES, Jéssica Suruagy Amaral e VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico** In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico

titulares dos serviços de saneamento. Sua estrutura de governança observará o disposto no Estatuto da Metrópole.

Cabível indagar sobre essa diretriz de a unidade regional guardar em sua composição pelo menos uma região metropolitana. “Ela parece servir para aqueles casos em que a região metropolitana (aglomeração urbana e microrregião) não alcança certo município”²²⁷, que por não ser limítrofe não a integrou nos termos do art. 25, § 3º da CF88, mas que, por razões de viabilidade técnica ou sustentabilidade econômica, possa integrar esse núcleo regional.

É possível que instituída a unidade regional de saneamento básico alguns municípios que, num primeiro momento, não tenham aderido o façam posteriormente, porque restou facultada a integração por esses entes titulares dos serviços, conforme art. 8º, § 2º do NMLSB. Trata-se de regra que possibilita superar resistências iniciais a medida para que o arranjo alcance êxito na execução dos serviços.

O bloco de referência, por sua vez, é estabelecido pela União subsidiariamente aos Estados para prestação regionalizada dos serviços, mediante o agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares.

A União, contudo, somente poderá exercer a atribuição de criar os blocos de referência caso as unidades regionais de saneamento básico não sejam estabelecidas pelo Estado no prazo de 1 (um) ano da publicação da Lei 14.026 de 15 de julho de 2020 que justamente instituiu o NMLSB²²⁸. Abre-se a possibilidade de atuação do ente central em face das eventuais omissões dos Estados na implementação da política pública e essa atribuição não significa empoderamento desmedido do ente nacional.

Ao revés, mostra-se “coerente” como mecanismo de superação de “lacunas” deixadas pelos entes subnacionais, que se omitem na regulamentação de importantes matérias vinculadas à “realização de direitos fundamentais dos cidadãos prejudicando a organização das respectivas políticas públicas e a prestação dos serviços necessários para sua implementação.”²²⁹

²²⁷ FREIRE, André Luiz. **Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz (Coords.). Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/379/edicao-1/saneamento-basico:-titularidade,-regulacao-e-descentralizacao>>. Acesso em: 03. de mai. 2022.

²²⁸ Art. 15 da Lei 14.026/2020.

²²⁹ KRELL, Andreas J. **A necessária Mudança de Foco na Implantação do Federalismo Cooperativo no Brasil: Definição das Competências Legislativas para o Desenho de Formas Conjuntas de Execução Administrativa**. In BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009. p. 635-660.

Nota-se que, no caso dos blocos de referência, não houve menção ao veículo normativo para o seu estabelecimento. O caso é de silêncio eloquente, porque, em verdade, a Lei federal já dispendo da atribuição da União, bastaria a este ente regulamentar a instituição mediante decreto nos termos da Lei. Ademais, tratando-se de arranjo regional de adesão voluntária “a criação de um bloco de referência por Decreto Federal, em princípio, não fere a autonomia dos titulares”²³⁰

A integração compulsória dos municípios somente se verifica na modelagem das regiões metropolitanas instituídas pelo Estado, por Lei Complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal e conforme já decidido pelo STF na ADI nº 1842-RJ.

Nas demais modalidades de regionalização, a adesão ocorrerá facultativamente, pelo modelo de gestão associada, mercê do disposto no art. 241 da Constituição. Com efeito, o Novo Marco “não obriga os municípios a integrarem unidades regionais ou blocos de referência, mas fomenta sua adesão, condicionando-a à obtenção de fundos públicos federais para o setor.”²³¹

A condicionante para acesso aos recursos federais constitui apenas um dos requisitos para habilitação aos recursos. O art. 50 da LNSB, com redação conferida pela Lei 14.026 de 2020, traz outros, ligados a índices de desempenho, regularidade, governança, eficiência e fornecimento de informação. Todos, igualmente compatíveis com a competência da União na fixação de diretrizes para o segmento.

São imposições harmônicas com o desenho da política nacional de saneamento básico. “Nessa linha estaria então o ente central apenas utilizando-se do poder que acompanha seu ato de gastar, o seu “*spending power*”²³². Essa questão será aprofundada mais adiante, inclusive na perspectiva de sua validade à luz do desenho federativo brasileiro, quando tratarmos da regulação do setor de saneamento.

Pois bem, interessa refletir de quem seria a titularidade dos serviços no caso dos arranjos jurídicos institucionais via unidade regional de saneamento ou bloco de referência. É que o NMLSB não a indica, ao menos expressamente. Há quem critique essa postura legislativa no

²³⁰ BORGES, Jéssica Suruagy Amaral e VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo., op. cit.

²³¹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 182.

²³² DUARTE, Stênio Cezar. **Ambiente regulatório do setor de saneamento no Brasil: limites e possibilidades de atuação da Agência Nacional de Águas junto aos entes federados subnacionais** [Monografia]. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3988/1/St%C3%AAnio%20Cezar%20Duarte.pdf>>. Acesso em 11 de set. 2020.

sentido de que “o legislador, da forma como estruturou o texto normativo, deixou parte da regionalização à procura de um dono.”²³³

Essa observação, se à primeira vista pode seduzir, não parece ter captado a essência desses institutos. Esses arranjos são de adesão facultativa pelos municípios e representam apenas modalidades de regionalização.

A titularidade, em tópico específico do NMLSB, foi devidamente explicitada. E nisso representou importante avanço da legislação setorial. Com efeito, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico é: dos Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; do Estado, em conjunto com os Municípios nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum; e a titularidade poderá ser realizada também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal.

As unidades regionais de saneamento básico e os blocos de referência, como modalidade de regionalização que procuram enfatizar o interesse comum, mas que se diferenciam das regiões metropolitanas material e formalmente, visto que nestas a adesão é compulsória e são instituídas pelo Estado por Lei complementar, terão, portanto, a titularidade exercida conforme gestão associada.

A tônica, portanto, dessas modalidades de adesão facultativa é a titularidade por gestão associada. Apenas, a base operacional, no caso das unidades regionais de saneamento, foi remetida ao estatuto da metrópole. Para os blocos de referência fez-se menção somente à própria gestão associada que pode ser instituída por consórcio público ou convênio de cooperação.

Há, para esses arranjos, flexibilidade de governança que poderá ser assumida “por entidade interfederativa que compreenda a representação de todos os titulares que componham a referida estrutura” ou mesmo que seja delegada ao Estado. A lógica é concentrar o poder concedente e a administração das funções regulatórias para facilitar e conferir maior racionalidade à governança desses arranjos regionais. Busca-se assim “um equilíbrio entre a fragmentação e a aglutinação de interesses federativos”.²³⁴

Levantamento sobre a formação desses arranjos possibilitados pelo NMLSB indica que, de quatro unidades regionais de saneamento criadas pelos estados, três possibilitaram “centra-

²³³ HEINEN, Juliano e MAFINI, Rafael. A regionalização do saneamento básico e sua titularidade. **Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-regionalizacao-do-saneamento-basico-e-sua-titularidade-07072021>>. Acesso em: 25 de mai. 22.

²³⁴ BORGES, Jéssica Suruagy Amaral e VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo., op. cit.

lizar no Estado o exercício das funções públicas e a gestão dos contratos firmados, possivelmente de forma a facilitar eventuais processos de concessão.” O ensaio destaca ainda a ausência de estudos técnicos e econômicos substanciais a respeito da formação dessas agregações de municípios. Refere, tão-somente, à indicação genérica de garantir adaptação ao novo marco legal e possibilitar a viabilidade da prestação dos serviços.²³⁵

Em que pese a finalidade normativa esteja prescrita com clareza, a realidade de composição de interesses e a operacionalização de instrumentos de cooperação e governança nem sempre é tarefa simples e muitas vezes “cede espaço para interesses políticos e disputas entre os entes federados pela prerrogativa de organizar e prestar os serviços”²³⁶.

O “compromisso constitucional de cooperação” tem aqui papel essencial, já que “se converte numa obrigação juridicamente inalterável pelos entes envolvidos, porque o constituinte predeterminou os setores em que os mesmos devem necessariamente cooperar”²³⁷. E a Constituição de 1988 o fez expressamente para o saneamento básico, visto que estabeleceu o dever comum dos entes federados em atuar na busca das melhorias setoriais.

Alessandra Silveira desdobra o compromisso constitucional de cooperação em duas dimensões que claramente auxiliam no enfrentamento dos dilemas sucedidos da interação federativa intensificada com o novo marco do saneamento. A dimensão passiva, a significar “consideração dos interesses alheios e às soluções que acarretem menos custos/externalidades à totalidade sistêmica” e a dimensão ativa, que credencia os entes federados “a engendram um modelo de planejamento e gestão das políticas públicas que incorpore esforços de concertação dos distintos interesses em causa”²³⁸

O federalismo de cooperação implica assim em co-responsabilidade dos entes subnacionais para a boa governança desses arranjos e para tanto fundamenta o papel da ANA enquanto órgão vocacionado a trazer maior uniformidade no sentido de reduzir discrepâncias espaciais e orgânicas no tratamento setorial.

²³⁵ TRINDADE, Karla Bertocco. Desafios da regionalização da prestação dos serviços pelo olhar de cada UF. **Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desafios-da-regionalizacao-da-prestacao-dos-servicos-pelo-olhar-de-cada-uf-03062021>>. Acesso em: 25 de mai. 22.

²³⁶ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho e DE ROLT, Amanda Pauli. **Regionalização, Cooperação e Estruturas de Governança Interfederativa No Novo Marco Legal do Saneamento Básico**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coords). O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 300.

²³⁷ SILVEIRA, Alessandra. **Cooperação e compromisso constitucional nos estados compostos: estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 452.

²³⁸ Ibid. p. 97-98.

A prestação regionalizada é igualmente importante instrumento nessa direção, porque privilegia os princípios da eficiência e da economicidade, bem como atende à norma constitucional que impõe atuação concertada em busca da universalização dos serviços de saneamento. Possibilita a utilização de “subsídios cruzados, isto é, a compensação de *déficit* na prestação de serviço em determinadas áreas com o *superávit* verificado nas áreas de maior poder aquisitivo”²³⁹

A participação da União vem acompanhada de determinação para que o investimento e o fomento dos projetos ocorram com observância do interesse comum vocacionado pela diretriz de prestação regionalizada. A medida atende “ao próprio federalismo, ao garantir aos demais entes federados a autonomia – acompanhada de efetivas condições – para a consecução de seus objetivos”.²⁴⁰

O exercício eficiente da competência comum para melhoria dos serviços de saneamento demanda maior planejamento e articulação, a exigir da União, que possui maiores condições técnicas e financeiras e a quem cabe, por imposição constitucional, fixar diretrizes para o setor, uma presença mais efetiva. É de alguma maneira a projeção do princípio da subsidiariedade na face que impõe auxílio, subsídio, por parte de entes maiores para efetivação do objetivo comum na dinâmica da atuação cooperada.

Com efeito, a intrincada rede que envolve o saneamento básico e a característica do seu insumo água, como elemento que possui repercussão interfederativa, reforçam o entendimento mais atual de que “não se procura mais uma distinção conceitual rígida entre assuntos *locais* e *regionais*”²⁴¹ É nesse sentido, portanto, que cabe interpretar a Constituição cuja tarefa “é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la”²⁴².

²³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Regiões metropolitanas e saneamento público**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; et al. (Coord). *Direito Público em Evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*: Fórum, 2013. p. 685-698.

²⁴⁰ FORTINI, Cristina; FARJADO, Gabriel. **Um olhar histórico-constitucional sobre as concessões de serviço público e as parcerias público-privadas: surgimento e incentivo**. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 220.

²⁴¹ KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2008, p. 55

²⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Sao Paulo: Malheiros, 2004. p.483.

A adoção de fórmulas organizacionais novas deve ser incentivada, porque os modelos que costumam ser aceitos no âmbito público são limitados, “normalmente a partir de um estoque de fórmulas jurídicas muito convencionais” e essa característica acaba sendo um ponto negativo à tradição jurídica.²⁴³

Os dados sobre a efetivação da política pública de saneamento até aqui no Brasil, demandam abraçar novas formas de ação conjunta ou de gestão associadas com maiores possibilidades de colaboração intermunicipal e interfederativa. Nesse sentido, o “novo marco legal inaugura alguns incentivos para induzir uma governança que permita estruturar a prestação de serviços em rede” para, sob a perspectiva administrativa e regulatória, “reduzir custos de transação e ter ganhos de escala.”²⁴⁴

4.3 O saneamento básico entre o público e o privado.

O saneamento básico no Brasil e sua evolução quanto ao protagonismo estatal na prestação dos serviços pode ser segmentado em “três períodos jurídico-institucionais” que revelam diferentes configurações quanto à participação privada no setor.²⁴⁵

Antes da CF88 o principal marco institucional para a política pública de saneamento foi o PLANASA. Desenvolvido pelo governo militar com viés estatal e desenvolvimentista cuja diretriz alinhou uma “estratégia nacional que afastou os municípios da gestão dos serviços, direcionando para os estados o papel de operadores do sistema”²⁴⁶. Foi o período de expansão das Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESBs, que contaram com linhas de financiamento específicas impulsionadas pelo governo central via BNH e recursos do FGTS.

Com a estruturação do plano nesses termos, os serviços, ordinariamente de titularidade dos municípios, foram delegados por eles às CESBs por meros convênios e, as às vezes, de forma precária, sem um instrumento jurídico formal. Houve então protagonismo das empresas estatais dos Estados da federação “sem que houvesse a possibilidade fática de competição entre

²⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari; ANDRÉ, Rosilho. **Direito da regulação e políticas públicas. Direito e política pública. Dois mundos?** São Paulo: Malheiros, 2014. p. 67.

²⁴⁴ COHEN, Isadora; MARCATO, Fernando S; RESENDE, Natália. **Gestão Associada da Prestação dos Serviços – o que muda com o Novo Marco Legal do Saneamento?** In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *O Novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

²⁴⁵ TRINDADE, Karla Bertocco; ISSA, Rafael Hamze. **Primeiras impressões a respeito dos impactos da Lei nº 14.026/20 nas atividades das empresas estaduais de saneamento: a questão da concorrência com as empresas privadas**. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 25-36.

²⁴⁶ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Saneamento básico: a evolução jurídica do setor**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *O Novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

prestadores públicos e privados pela prestação dos serviços de saneamento nas diversas localidades”²⁴⁷.

Nessa fase, houve certo avanço na prestação dos serviços envolvendo o fornecimento de água e esgotamento sanitário, embora o legado tenha ficado muito distante do ideal de universalização. O PLANASA perdeu força com a desidratação econômica na década de 1980 e em seguida houve a inauguração da nova ordem constitucional 1988 com seu desenho de competências e fortalecimento dos municípios como entidades federativas.

Já no início da década de 1990, contudo, implementou-se uma série de mudanças, inclusive de cunho constitucional, para quebra de monopólios e em busca de um modelo de administração gerencial, pautado “pela ideia de que o Estado deve concentrar-se em atividades que efetivamente demandam sua atuação, deslocando para atores privados o que se revelasse possível e conveniente”²⁴⁸

A política pública de saneamento básico seguiu sem grandes transformações quando foi então veiculado o segundo marco jurídico institucional: a Lei 11.445/2007 (LNSB), que estabeleceu as diretrizes nacionais para o setor, conforme competência atribuída pela CF88 à União para tanto.

O art. 175 da Constituição de 1988 atribuiu ao Poder Público, na forma da lei, diretamente, ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Assim, quando da instituição da Lei de Diretrizes para o saneamento já havia instrumentos jurídicos que possibilitavam maior participação privada na execução de serviços públicos. A Lei de Concessões, A Lei das Parcerias Público Privadas e a própria Lei dos Consórcios Públicos.

O que em tese possibilitaria a execução dos serviços por três modalidades de prestação: diretamente pelo titular, mediante criação de autarquia, por exemplo; por contratação, precedida de licitação, de empresas privadas ou até por parcerias público privadas; e por contrato de programa, nesse caso sem licitação, com entes federados ou pessoa jurídica da administração indireta deles, como então previsto na Lei de Consórcio Público.²⁴⁹

A possibilidade de realização de contrato de programa, sem licitação, com ente da federação ou com entidade de sua administração indireta, na realidade, direcionou os entes municipais a manterem a prática de entrega da execução dos serviços às CESBs, que compõem

²⁴⁷ TRINDADE, Karla Bertocco; ISSA, Rafael Hamze., op. cit.

²⁴⁸ FORTINI, Cristina; FARJADO, Gabriel., op. cit. p. 215.

²⁴⁹ TRINDADE, Karla Bertocco; ISSA, Rafael Hamze., op. cit.

a administração indireta dos Estados. Houve a blindagem jurídica da “visão que arranjos intra-administrativos dispensariam licitação, pois o concerto entre integrantes da Administração Pública, por si só, garantiria o interesse público.”²⁵⁰

Aliando-se essa vantagem competitiva das empresas estatais à histórica deficiência municipal em estruturar projetos e realizar complexos procedimentos licitatórios na área de infraestrutura, tem-se como resultado a baixa alteração do modelo então prevalecente de prestação dos serviços e a ausência de avanços significativos no setor.

Com efeito, levantamento demonstra que o setor continua majoritariamente conduzido por prestação estatal, mas sem alcançar satisfatoriamente o caminho da universalização dos serviços. As CESBs representam 70% dos prestadores dos serviços; os municípios respondem por prestação direta dos serviços geralmente via autarquias com 23%; e o setor privado, considerando inclusive os arranjos com PPPs, perfazem 7% dos prestadores.²⁵¹

No intuito de alterar esse quadro é então instituído pela Lei 14.026/2020 o Novo Marco Legal do Saneamento Básico-NMLSB, com o propósito de abrir o setor à concorrência privada com incentivo focado em concessões regionalizadas, sob o fundamento de que a dispensa de licitação para a contratação, por contrato de programa, de empresas públicas estaduais tem sido fator de redução da concorrência, ineficiência e obstáculo a maior atração de investimentos no setor.

Nesse sentido, o art. 10-A com a redação conferida pela Lei 14.026/2020 altera o regime jurídico dos contratos de programa, até então largamente utilizado para delegação, sem licitação, e muitas vezes de forma precária, dos serviços de saneamento de titularidade dos municípios a empresas públicas estaduais de saneamento.

A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende agora da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

²⁵⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; PEREIRA, Rafaella Krasinski Alves. **Empresas estatais de saneamento básico, novo marco legal e parcerias com a iniciativa privada**. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 47-56.

²⁵¹ Ver painel elaborado com dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento Básico – SNIS. In: ABCON/SINDCON, Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. **Panorama de participação privada no saneamento**. 2021. Disponível em :<<https://www.abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2021/07/PAN21-APRESENTACAO.pdf>>. Acesso em 21 de mai. 22.

Não parece correto, no entanto, deduzir das modificações legislativas ter ocorrido a privatização da água e do esgotamento sanitário. Essas atividades mantem-se públicas, porque constituem serviços públicos essenciais que “não podem ser erradicados da esfera pública” embora isto não implique que “não possam ser prestados por particulares”²⁵². A titularidade está mantida com o ente público componente da federação, sendo possível apenas que o particular execute materialmente os serviços na conformidade e condições delimitada pela autoridade estatal concedente.

Haveria apenas o exercício de função pública por particulares mediante o desempenho de atividade de interesse geral pelas pessoas jurídicas de direito privado, autorizado por delegação do poder público e sob regime jurídico especial. Não há quebra do vínculo orgânico entre o serviço público e o Estado que segue como titular dele e “se apresenta sempre investido de amplo instrumental normativo e sancionatório, indispensável às atividades regulatórias”.²⁵³

Não haveria razão, ademais, para impedir o desempenho de serviços públicos por concessão ou instrumentos congêneres, “sobretudo se o Estado, carente de recursos, não pode manter atualizada e eficientes suas empresas ou se não as pode controlar de maneira a impedir o uso clientelístico que delas tradicionalmente se faz”²⁵⁴

Importa destacar que os investimentos em saneamento básico não vinham em ritmo e volume suficientes para alcance das metas já dispostas no PLANSAB, previsto na Lei 11.445/2007 e publicado em 2013, com o objetivo de universalizar o acesso aos serviços de saneamento, em 20 anos.

Na última versão disponível do PLANSAB estimou-se a projeção de investimento necessário para os componentes de água e esgoto, no período de 2019 a 2033, em um montante de R\$ 357,149 bilhões, o que implica investimento anual, no período, de R\$ 25,5 bilhões. Ocorre que a média de investimentos anual da última década foi de R\$ 12,13 bilhões, menos da metade reputada necessária.²⁵⁵

²⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Privatização e serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 22, p. 172-180, 1998.

²⁵³ DO COUTO, Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p. 45-74, 2002.

²⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit.

²⁵⁵ Há variação desses números conforme data de atualização e índice utilizado. Optamos por trazer os números dispostos na última versão disponível do plano. O dado relevante, contudo, é que a carência de investimentos é de aproximadamente metade do que seria necessário para a expansão e alcance das metas. Dados extraídos In: DAS CIDADES, Conselho et al. **Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB)**. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/plansab/Versao_Consehos_Resoluo_Alta_Capa_Atualizada.pdf>. Acesso em: 27 de out. 2022.

Mantido esse ritmo de investimentos e avanço nos índices de atendimento, a universalização dos serviços de água e esgoto no Brasil dar-se-ia apenas na segunda metade do século XXI, em 2055. Isso sem considerar estudos outros que consideram as estimativas de investimento do PLANSAB subdimensionadas e propugnam como necessário para atingir as metas de universalização, a partir de metodologia diversa, um montante em torno de 750 bilhões de reais para cumprimento das metas em 2033²⁵⁶.

Do ponto de vista da eficiência, e dado que se trata de um setor ainda com predominante operação estatal, cabe mencionar que um levantamento, entre 2007 e 2015, do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura, da Fundação Getúlio Vargas indica que dos 851 contratos firmados no período (60 privados e 791 públicos), 561 obras (66% do total) ainda não estavam concluídas ao final do período analisado, em março de 2016. Aproximadamente nove anos após o início programa.²⁵⁷

O estudo também aponta que iniciativa privada revela-se mais ágil no processo de execução das obras em contratos de portes semelhantes. Ao passo que, enquanto o setor público atesta a conclusão de obras “para os contratos firmados há seis anos, o que corresponde a 16% dos contratos públicos daquele ano, os entes privados já alcançaram 100% de conclusão dos contratos” no mesmo interregno temporal analisado.²⁵⁸

Em que pese essa avaliação deva ser acolhida com a ressalva da ainda incipiente participação privada no setor, ela pode ser tomada, ao menos como um indicativo de que, para além do aporte de recurso, a eficiência do gasto é um dado de relevo a ser levado em conta para que o arranjo jurídico institucional do setor seja responsivo às realizações que dele se espera.

Outro fator relevante quanto aos serviços, porque igualmente vinculado à eficiência em geral da prestação, é a média de 38% de perdas na distribuição de água. Trata-se de desperdício médio muito alto e que impacta fortemente a viabilidade dos serviços, porque “nenhum negócio é sustentável com o desperdício de quase 40% dos insumos necessários para a produção.”²⁵⁹.

²⁵⁶ABCON; KPMG. **Quanto custa universalizar o saneamento no Brasil**. 2019. Disponível em: <<https://conteudo.abconsindcon.com.br/kpmg>> Acesso em: 7 set 2022.

²⁵⁷FGV-CERI, Centro de Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas. **Efetividade dos investimentos em saneamento no Brasil: da disponibilidade dos recursos financeiros à implantação dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário**. 2016. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/39_efetividade-dos-investimentos-em-saneamento-no-brasil-25-09-2016.pdf>. Acesso em: 7 de set. 2022.

²⁵⁸Ibid.

²⁵⁹DE ARAUJO, Cíntia Leal Marinho; DE BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza; DE FARIAS, Diogo Mac. **A Lei 14.026/2020 e a remoção das barreiras ao investimento privado**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord). **O Novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

Importa observar que esse arranjo jurídico institucional, com protagonismo da prestação estatal, manteve-se distante da universalização justamente as regiões mais carentes e deficitárias. Com efeito, estudos revelam que 87 dos 100 municípios mais pobres do país, nos termos da classificação do PIB municipal do IBGE, são servidos pelas Companhias Estatais de Saneamento Básico (CESBs). “Esses municípios possuem um índice médio de atendimento de água de 45% e de 37% para coleta de esgoto.”²⁶⁰

Garantir a prestação adequada e a ampliação permanente dos serviços rumo às metas de universalização foram objetivos que permearam a construção do novo marco. Tanto que nele constou dispositivo (art. 10-B) exigindo, inclusive para os contratos em vigor, a comprovação da capacidade econômico-financeira para o atingimento das metas de universalização.

A metodologia para comprovar essa capacidade foi veiculada pelo Decreto nº 10.710/2021 e, ao fim do prazo de comprovação, ocorrido em 31 de dezembro de 2021, quase um terço dos Municípios eleitos à comprovação não demonstraram possuir em seus contratos capacidade econômico-financeira, conforme exigências e metodologia requisitada pela norma regulamentar. O que colocou em situação irregular aproximadamente 1,1 mil municípios.²⁶¹

Esse cenário de baixa capacidade de investimento, seja pela ótica das contratações em vigor, seja pelo prisma do próprio Estado brasileiro, reprimido pelo seu endividamento crescente e limitado por amarras jurídicas fiscais, como o “teto de gastos” (EC nº 95/16), aliado à existência de um grande mercado a ser ainda desenvolvido no setor, tornam imprescindível a busca pela dinâmica de investimentos privados.

Nesse sentido, o art. 175 da Constituição confere ao legislador ordinário a valorização política da conveniência e oportunidade de se centralizar ou não no Estado a prestação de determinado serviço público sem a perda do vínculo orgânico com ele. Cabe advertir, contudo, que “os interessados em prestar serviços públicos de forma lucrativa devem, em princípio, arcar com os custos de universalização como contrapartida”.²⁶²

O NMLSB estimula então uma maior participação privada, mas não a torna o único caminho. Permanece possível a possibilidade de prestação por entidade do próprio titular, portanto de forma direta. E mais, fica admitida no art. 8º, § 1º, I, do NMLSB a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente compostos por Municípios,

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ BRASIL, Trata. Instituto trata brasil. **Avanços do Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil**. 2022. Disponível em: <<https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Marco-Lega-do-Saneamento-RELE-ASE.pdf>> Acesso em: 7 de set. 2022.

²⁶² COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil**. In: FÁRIA, José Eduardo; NETO, Caio Mário da Silva Pereira. *Regulação, direito e democracia*. Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 93.

que poderão prestar o serviço aos seus consorciados, pela instituição de autarquia intermunicipal.

Veda-se, em coerência com o novo regime, a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública pertencente à entidade federada diversa, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.

Com efeito, não se fechou a porta para a participação estatal direta ou indireta apenas instituiu-se condicionantes compatíveis com uma melhor estruturação do setor. Sequer há imposição de concessão à iniciativa privada ou de alienação do controle acionário da prestadora estatal, então operadora dos serviços, embora previstos incentivos para tanto mediante apoio técnico e financeiro da União nos termos do art. 13 da Lei nº 14.026/2020, regulamentado pelo Decreto nº 10.588, de 24 de dezembro de 2020.

Há ainda variações de atuação com protagonismo estatal que podem ser construídas a partir do regime instituído pelo NMLSB. Desde abertura de capital das CESBs para obtenção de maior dinamismo no intuito de competir pelo mercado de saneamento, como a instituição de PPPs. Apenas, instituiu-se a exigência de licitação como requisito à eventual delegação, caso entendida como mais eficaz para se alcançar a universalização do serviço, “no qual poderão participar tanto empresas privadas quanto companhias estaduais de saneamento.”²⁶³

As empresas estatais do setor poderão, em igualdade de condições com as empresas privadas, competir por esses contratos. Essa paridade pela competição do mercado é um mandamento “de via dupla: nem as empresas estatais podem receber vantagens competitivas, como dispensas de licitação, nem podem ser discriminadas negativamente,” como ficar de fora de linhas de crédito para competir nos certames licitatórios.²⁶⁴

Trata-se, em verdade, de incentivo à livre concorrência que busca aumento da eficiência no setor. É reconhecidamente uma mudança de paradigma, tendo em vista que a Lei prevê agora a obrigatoriedade de concorrência, por licitação, para a escolha da melhor proposta.

O que deixou de existir foi um mercado dócil às estatais do setor que favorecia a nossa tradição patrimonialista e de aparelhamento político dessas empresas cuja equação muitas vezes levava ao resultado da ineficiência e a um balanço financeiro deficitário dessas companhias.

²⁶³ PRADO, Jhonny; ANTUNES, Mariana de Araújo; FORMIGOSA, Viviane. “Novo” marco do saneamento básico brasileiro: a importância do marco regulatório setorial e o mito da privatização. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

²⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de; OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

Não se desconsidera, porém, a heterogeneidade própria do nosso país e as situações de gestão estatal exitosa também nesse segmento.

Nesse sentido, é cabível enxergar para além da miopia que opõe o público x privado. O Novo Marco ao exigir mais eficiência, flexibilidade e governança das estatais pode ensejar oportunidades para essas empresas públicas que, se conseguirem se adaptar ao novo arranjo jurídico institucional, podem seguir atuando com relevância. Muitas das CESBs possuem quadro funcional qualificado e vasta experiência setorial. Elas, portanto, “detêm expertise que pode interessar a potenciais entrantes no mercado de saneamento, assim como pode estimular parcerias estratégicas”²⁶⁵

É válido referir que a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) constituiu consórcio com uma das maiores operadoras privadas do setor, a Iguá Saneamento S.A., para concorrer no Leilão da Região Metropolitana de Alagoas, estruturado pelo Estado com o Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES, para investimento inicial previsto de 2,5 bilhões de reais, ao longo de 35 anos.²⁶⁶

De todo modo, se é certo que não houve exclusão da possibilidade de prestação direta estatal ou mesmo de que as empresas estatais participem, desde que em regime de concorrência, é fato que o novo marco incentiva maior participação privada, que se apresentará com os fins dos contratos de programa cuja possibilidade de renovação foi inclusive objeto de veto presidencial. Esse giro do setor, porém, não “preteriu a universalização em favor da maximização do valor das estatais em leilão”²⁶⁷ como ocorreu na abertura do mercado e nas privatizações de outros setores com as reformas da década de 1990.

Contudo, em face da própria característica espacial e pessoal do déficit em saneamento básico no país, que acompanha nossas desigualdades regionais e humanas, uma maior abertura à participação privada não vai, por si só, ampliar a cobertura do serviço. É que o interesse do setor privado será logicamente direcionado para localidades de maior renda e adensamento po-

²⁶⁵ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; PEREIRA, Rafaella Krasinski Alves. **Empresas estatais de saneamento básico, novo marco legal e parcerias com a iniciativa privada.** In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). Novo marco legal do saneamento. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 47-56.

²⁶⁶ O caso é citado por GUIMARÃES, Bernardo Strobel e PEREIRA, Rafaella Krasinski Alves na op. cit., e reportado pela imprensa. O consórcio em que a SABESP participara não se sagrou vencedor na licitação. Esse caso da Região Metropolitana de Maceió será abordado mais detidamente no próximo capítulo, porque foi judicializado, justamente quanto ao desenho jurídico regional e a divisão do valor pago pela outorga.

²⁶⁷ COUTINHO, Diogo Rosenthal., op. cit. p. 93.

pulacional que são naturalmente mais atrativas para ele, “pois é possível atingir mais consumidores com um custo médio menor. Em regiões mais pobres e de baixa densidade, o contrário prevalece.”²⁶⁸

Todavia, são justamente nessas áreas menos atrativas que o saneamento deve avançar, em que pese o fornecimento de água e esgoto possa não trazer ganho econômico imediato e, muitas vezes, seja até deficitário “no sentido de que usuário final não é capaz de arcar com todos os custos do serviço e ainda sustentar a taxa mínima de atratividade que o setor privado exige para entrar no negócio.”²⁶⁹

A participação estatal e o investimento público, portanto, continuarão importantes para a concretização do mandamento de universalização. Haverá, porém, a necessidade de reposicionamento perante o novo ambiente jurídico institucional. Nesse sentido, a conjugação de esforços e as parcerias com as empresas privadas “podem se tornar uma solução chave para a sobrevivência das companhias estatais de saneamento.”²⁷⁰

A utilização das parcerias público-privadas se apresenta então como uma opção viável se bem estruturada para alcançar as metas de universalização, desde que observem o compartilhamento de riscos entre os parceiros e transitem pelas estruturas alternativas de financiamento e de garantias para os envolvidos. A formação de blocos de concessão e a utilização de subsídios cruzados encontram espaço nesses arranjos que somam esforços público e privados. A regulação, portanto, terá papel fundamental para garantir a hígidez contratual e o sucesso da empreitada.

A entrega ao setor privado que, naturalmente busca, sobretudo, o lucro, deve ser acompanhada de razões suficientes e não meramente financeiras (de redução de custo) até porque o princípio da eficiência “não se exaure a uma equação matemática”²⁷¹ e pede atenção a outros aspectos como ampliação dos beneficiários, evolução tecnológica e, no caso do saneamento, atenção especial às externalidades ambientais na implantação e execução dos serviços.

Não se pode perder de vista, contudo, que a competição no setor de saneamento, diferente de outros setores, ocorre pelo mercado e não no mercado. Significa dizer, a competição acontece na disputa do certame licitatório. Após esse momento, a prestação do serviço - por

²⁶⁸ NASCIMENTO, Carlos Alexandre; SODRÉ, Antonio; CASTILHO, Rafael. **A economia política do novo marco legal do saneamento: do público vs. privado para as Parcerias Público-Privadas**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord). *O Novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; PEREIRA, Rafaella Krasinski Alves., op. cit.

²⁷¹ Ibid.

suas próprias características, como demanda por infraestrutura comum e fornecimento em rede - em regra se dará com exclusividade.²⁷²

No caso do saneamento básico, em razão da natureza de monopólio natural da atividade, o usuário dos serviços corre ainda o risco de sujeição, de se tornar uma espécie de clientela cativa do prestador²⁷³. Especialmente por essa característica, além da ampliação de cobertura para atenção às metas de universalização, deve haver um cuidado especial com a melhoria e eficiência dos serviços no longo prazo para “não trocarmos um monopólio por outro, mas garantir a dinâmica capitalista da competitividade, da impessoalidade, dos resultados.”²⁷⁴

O modelo anterior não atendia a contento o desafio da universalização, haja vista os vergonhosos índices de cobertura do saneamento básico entre nós em pleno século XXI. O novo modelo representa avanço e incentivo à livre concorrência, que tende a aumentar a eficiência no setor.

Assim, chegou o momento de superar a dicotomia que opõe público e privado. Os desafios da universalização não prescindem da possibilidade de maior eficiência e dinamismo deste nem da governança regulatória e do fomento (estruturação de projeto, financiamento, coordenação federativa), e eventualmente participação direta daquele.

Nesse sentido, as parcerias público-privadas constituem ferramentas que, mediante a cooperação entre o público e o privado, podem, se bem construídas, executadas e fiscalizadas, aumentar o alcance e a qualidade do serviço público de saneamento com ganhos que podem ser compartilhados por todos no médio e longo prazo.

Os arranjos jurídicos institucionais, contudo, não podem desconsiderar as nossas desigualdades espaciais e sociais, porque seja qual for o projeto juridicamente estruturado “abrir mão apenas das fatias mais rentáveis do mercado de serviços não é uma alternativa desejável”²⁷⁵ por implicar apropriação privada de ganhos e socialização dos prejuízos.

Os serviços públicos de saneamento básico embora alcançados pela lógica de atividade econômica a partir do art. 175 da CF88 “permanecem sendo função pública”, são vocacionados a oferecer utilidade pública com o traço fundamental, ademais, da essencialidade²⁷⁶.

²⁷² RICKEN, Guilherme. Regulação e concorrência no setor de saneamento. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n.64, p. 63-76, out./dez. 2018.

²⁷³ DE CARVALHO, Vinícius Marques. **O direito do saneamento básico** – Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 168.

²⁷⁴ NASCIMENTO, Carlos Alexandre; SODRÉ, Antonio; CASTILHO, Rafael., op. cit.

²⁷⁵ DE CARVALHO, Vinícius Marques., op. cit. p. 133.

²⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O marco legal do saneamento no Brasil. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7247-7293, maio 2006.

A preocupação com a sustentabilidade econômica da prestação deve coexistir com uma maior deferência ao cumprimento da função pública a que ele se destina. E esta impõe a universalização e a construção de soluções para seu alcance, ainda que se tenha que enfrentar cenários de prestação deficitária. Os arranjos regionais se bem estruturados são, nesse sentido, uma tentativa de composição dessas dimensões pela possibilidade de subsídios cruzados, ganhos de escala e de eficiência, como será melhor demonstrado adiante.

Embora tenha havido a preocupação no NMLSB de amarrar o setor privado ao compromisso de alcançar as metas de universalização que, se descumpridas, podem ensejar a incidência da regra que vedada a distribuição de lucros e dividendos dos contratos eventualmente em execução²⁷⁷, é certo que a maior abertura à participação privado não vai, aumentar, por si só, a cobertura do serviço. Isso somente ocorrerá com a conjugação da dimensão social e institucional e com a regulação competente da atividade.

De toda sorte, a transformação setorial implementada nesse ponto é uma tentativa válida, porque prestigia o mandamento de otimização da subsidiariedade na vertente de conjugação de esforços público e privados em busca de objetivos comuns da política pública de saneamento básico que é alcançar a universalização dos serviços e com ela maior coesão territorial e social.

4.4 Inovações regulatórias e o papel coordenador da ANA como órgão regulador central.

O Novo Marco Legal do Saneamento Básico foi direcionado pela perspectiva de que o setor de saneamento no Brasil possui grande variabilidade de entes reguladores e de regras regulatórias. Para se compreender a dimensão do setor cabe registrar que o “Brasil possui 60 agências reguladoras de serviços de saneamento com atuação municipal, intermunicipal, distrital ou estadual. Essas instituições regulam isolada ou conjuntamente os serviços de saneamento”.²⁷⁸

Essa característica, decorrente da titularidade, em regra municipal dos serviços, acarreta grandes dificuldades para o planejamento, atração de investimentos privados e para a afetiva

²⁷⁷ Cf., Art. 11, § 5º da Lei 11.445/2007: “Fica vedada a distribuição de lucros e dividendos, do contrato em execução, pelo prestador de serviços que estiver descumprindo as metas e cronogramas estabelecidos no contrato específico da prestação de serviço público de saneamento básico.” (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

²⁷⁸ ANA, Agência Nacional de Água e Saneamento Básico. **ANA e o saneamento**. 2020. Disponível em: <<https://www.ana.gov.br/saneamento/a-ana-e-o-saneamento/ana-e-o-saneamento>>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

universalização dos serviços. Para trazer maior uniformidade e segurança jurídica seria necessário então a instituição de um órgão federal para coordenar e padronizar a regulação do setor, por meio de normas nacionais de referência regulatória.

Com a Lei nº 14.026/2020, a ANA adquire esse papel junto, uma vez que passará a editar normas nacionais de referência regulatória para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observado os princípios para a função de regulação estabelecidas no próprio marco legal do setor.

A primeira questão que se apresenta é sobre a compatibilidade da ANA como órgão central regulador em face do desenho de competência constitucional que não atribui à União a titularidade dos serviços de saneamento básico, em regra de titularidade dos Municípios por força do interesse local e, de forma compartilhada, destes com os Estados, no caso de região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões, em razão do interesse comum nesses arranjos, conforme respectivamente art. 30, V e art. 25 § 3º da CF.

Além da verificação da compatibilidade interessa “extrair possíveis parâmetros, à luz do pacto federativo brasileiro, para compreender a natureza dessa função” e as relações da agência federal com os diversos atores do setor.²⁷⁹

Com efeito, embora não seja a União detentora constitucional da titularidade dos serviços públicos de saneamento, como já mencionado, coube a ela a competência de fixar diretrizes para o setor. A constituição fixa ainda a competência comum dos entes federados para promover melhoria das condições de saneamento básico. Por fim, considerando a interdependência entre saneamento básico e saúde pública, atribui competência ao SUS para participar na formulação da política e na execução das ações de saneamento.

Não se pode olvidar que a União conta ainda com a competência legislativa concorrente para legislar sobre direito ambiental e urbanístico e com a competência legislativa privativa para legislar sobre águas, bem como para editar normas gerais sobre contratos administrativos.²⁸⁰

Com suporte constitucional, a União veiculou pela Lei nº 11.445/2007 (LNSB) e posteriormente pela Lei 14.026/2020 (NMLSB) as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Trata-se de norma geral que confere contornos aos institutos jurídicos setoriais, modula seu regime jurídico e fixa os vetores da política pública a ser implementada.

²⁷⁹ FORTINI, Cristiana; BORELLI, Raul. **A atuação institucional da ANA no setor de saneamento básico**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coords). O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 263.

²⁸⁰ Cf., artigos 22, IV, XXVII e 24, I, VI da CF88.

Embora a competência de instituir a Lei de diretrizes não autorize um disciplinamento detalhista, pormenorizado ou casuístico por parte da União, reconhece-se como compatível ao seu alcance material a instituição “de padrões mínimos de defesa do interesse público concernentes àquelas matérias em que tais padrões deveriam estar assegurados em todo o País, sob pena de ditos interesses ficarem à mingua de proteção”²⁸¹

Caracterizado como um setor de infraestrutura que envolve indústrias de rede e serviços de universalização obrigatória, com interface com políticas públicas as mais diversas, desde saúde a recursos hídrico, passando por urbanismo e meio ambiente, e não se esgotando nelas, fácil perceber a complexidade regulatória que envolve o saneamento básico.²⁸²

Daí se admitir uma maior participação do Governo central por uma regulamentação harmônica e com o “estabelecimento de regras específicas que devem vigorar em todo território nacional”²⁸³

Caminha-se para a superação da noção de confronto entre centralização e descentralização na certeza de que os desafios atuais não comportam “a separação incomunicável de atribuições”²⁸⁴. A visão estanque desses formatos de administração já não oferece mais critérios jurídicos ou valorativos responsivos ao federalismo de cooperação.

Trata-se de conferir comedido protagonismo ao poder central para que ele cuide de matérias antes dispersas e insatisfatoriamente regulada pelos entes subnacionais, “ou cuja regulação individualizada possa prejudicar os interesses de uns ou de todos, ou quando assim o exija a manutenção da unidade jurídica e econômica – leia-se equivalência das condições de vida.”²⁸⁵

Ademais, a competência conferida pela Constituição à União em fixar diretrizes nacionais para o setor significa dever-poder estruturante para a atividade de saneamento básico. Além da atribuição normativa impõe ao ente central envolvimento na execução da política pública respectiva. Implica orientação “para a integração das ações de saneamento, para a sua operacionalização.” É ainda determinação de fomento, mas também de “estruturação prática” do setor. Demanda uma política nacional com “planejamento integrado e centralizado” e decorre de uma “comunhão de finalidades que caracteriza o federalismo de cooperação”²⁸⁶.

²⁸¹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n.66, p 15 – 20, março/abril. 2011.

²⁸² BUSTAMANTE, Maria Magalhães de. Ensaio sobre o estado da arte da regulação do setor de saneamento básico. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 99, p. 191-211, set./out. 2016.

²⁸³ KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2008. p. 62-63.

²⁸⁴ FORTINI, Cristiana; BORELLI, Raul., op. cit. p. 271.

²⁸⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Cooperação e compromisso constitucional nos estados compostos: estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 273.

²⁸⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O marco legal do saneamento no Brasil. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7247-7293, maio 2006

Há, portanto, base constitucional a sustentar o arranjo jurídico institucional que põe a ANA como agência federal na coordenação e padronização nacional da regulação do setor, por meio da atribuição de expedir normas nacionais de referência regulatória.

O modelo adotado tem raízes nas políticas de melhoria da qualidade regulatória dos países da OCDE que instituíram órgão vinculado ao governo nacional para a supervisão regulatória, conhecidos como “*regulatory oversight body (ROB)*”. Em geral é órgão dotado de centralidade e que tem a função de acompanhar o conjunto da atividade regulatória. A maneira de supervisionar, as competências e a estruturação funcional é variada nos diversos países que o adotam. Podemos encontrar “uma atuação bastante *soft*, de mera orientação (divulgação de boas práticas, reunião de informações), até uma atuação *hard*, de veto a determinadas proposições regulatórias com baixa qualidade”²⁸⁷.

O papel da ANA foi, em certa medida, espelhado nesse modelo, embora com viés setorial e focado no protagonismo das normas de referência regulatória como instrumento apto a trazer “uniformidade regulatória por indução, sem ignorar as enormes diferenças entre as regiões do país, que obrigam a que as soluções sejam adaptadas para as realidades locais”²⁸⁸.

Antes de discorrermos propriamente sobre as normas de referência regulatória e as inovações positivadas que conformam esse arranjo jurídico regulatório, útil fixar o que se entende por regulação administrativa. No ponto, adotamos conceituação de Juarez Freitas que a considera:

[...] intervenção administrativa (não diretamente prestacional) que visa a implementar, com autonomia, eficiência, e eficácia, as políticas constitucionalizadas, via correção sistemática das falhas de mercado e de governo em caráter promocional ou repressivo no intuito de tutelar a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.²⁸⁹

Dito isso, compete então apresentar o setor regulado e suas principais características para, a partir daí, expormos alguns dos desafios regulatórios decorrentes das inovações legislativas.

²⁸⁷ RIBEIRO, Wladimir Antonio. **Proposta para a criação de uma unidade de supervisão da regulação**. PROENÇA, Jadir Dias (org.). Contribuições para melhoria da qualidade da regulação no Brasil, Brasília: Semear Editora. Presidência da República, 2010. vol. 1. p. 139-190.

²⁸⁸ RIBEIRO, Wladimir Antonio. O marco legal do saneamento e o novo paradigma de regulação. **LexLatin**, 2020. Disponível em: <<https://br.lexlatin.com/opiniao/o-marco-legal-do-saneamento-e-o-novo-paradigma-de-regulacao>>. Acesso em: 03 de mar. 2022.

²⁸⁹ FREITAS, Juarez. **Regulação de Estado, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração pública**. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JÚNIOR, Celso Rodrigues (coords). Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Jurema Villela Souto. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 169-177.

O setor de saneamento caracteriza-se, como visto, como um monopólio natural e se diferencia de outros setores, como telecomunicações e energia, pelo baixo dinamismo tecnológico, que seria então fato limitante da introdução de mecanismos de inovação, bem como fonte de restrição para ampliação da competição no segmento²⁹⁰.

Agregue-se que se trata de um setor marcado por externalidades positivas e negativas vinculadas aos serviços prestados ou postos à disposição e que dizem respeito a uma variada gama de políticas públicas relativas à saúde, ao meio ambiente, ao uso de um bem público essencial (água), mas que não deixa de possuir conteúdo econômico. Esses fatores acarretam uma “regulação que não é apenas econômica, mas envolve aspectos que exigem, em regra, a presença de mais de um regulador.”²⁹¹

Com efeito, no âmbito do saneamento há vários setores regulados assimetricamente a exigirem ferramentas distintas de ação, muito em decorrência da diversidade dos titulares dos serviços e das nossas disparidades regionais e mesmo locais. Deve-se levar em conta igualmente o amplo conjunto de serviços públicos que constituem o setor, conjugados ou não, com atividades econômicas. A regulação aqui ainda é desafiada por variáveis do modo regional ou individual de se prestar o serviço “e a quantidade de tarefa que o regulador assume em cada caso, como as de fiscalização e organização”²⁹².

A partir da compreensão da regulação administrativa e de algumas das principais características do setor regulado, cumpre avançar sobre a atribuição da ANA de instituir normas nacionais de referência regulatória.

4.4.1 As normas de referência regulatórias.

Não há no Novo Marco nem na Lei da ANA a definição do que vem a ser normas de referência regulatória. Há quem transponha a elas a mesma definição aplicada para as normas gerais da União, de modo que poderiam ser definidas, assim, como preceitos gerais, principiológicos e vocacionados à fixação de diretrizes nacionais, mas sem exaurir o objeto regulado.²⁹³

²⁹⁰ DA COSTA CORREIA, Marcelo Bruto. A regulação no setor de saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. **Revista do Serviço Público**, v. 59, n. 3, p. 353-373, 2008.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² MARRARA, Thiago; BARBOSA, Allan Fuezi. As funções do regulador de saneamento básico no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 3, p. 127-147, set./dez. 2019.

²⁹³ Essa é a posição de ARAGÃO, Alexandre Santos de; OLIVEIRA, Rafael Daudt. **Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord). O Novo marco regulatório do saneamento básico [livro eletrônico] São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Ocorre que esse entendimento não parecer refletir a natureza das normas de referência regulatória. Wladimir Ribeiro menciona que “norma de referência não é norma jurídica, não é norma obrigatória, mas mera referência para regulação de melhoria de qualidade”. Explicita situação de aplicação prática do referencial normativo regulatório que bem demonstra essa assertiva:

Por exemplo: uma norma de referência pode prever novos modelos tarifários (os atuais do início da década de 1970, são anacrônicos porque fundamentados em padrão demográfico daquela distante época). Com isso cada regulador poderia optar por um desses modelos, realizar as adaptações necessárias e, com maior segurança, patrocinar mudanças em matéria extremamente sensível.²⁹⁴

As normas de referência nacionais não podem ser consideradas normas jurídicas com força cogente, mas sim recomendações, orientações de boas práticas, com características de manual ou cartilha e sem potencial de obrigar os destinatários, mas apenas induzir-lhe comportamento.²⁹⁵

Nesse sentido, a terminologia adotada é inclinada ao tumulto. Em homenagem ao rigor da linguagem prescritiva seria mais adequado e fiel à natureza do novo instituto a utilização de termo como “proposições de referência regulatória”. É que de normas não se tratam, pois, “embora se lhes tenha emprestado o nome tão significativo, tão sagrado, para o Estado de Direito – são proposições de futuras normas.”²⁹⁶

As normas de referência, como disciplinadas, caracterizam a regulação *sunshine* que é uma técnica de regulação por incentivo ou desincentivo. Cuida-se de “intervenção estatal que busca encorajar (ou, a depender da situação desencorajar) certos tipos de comportamentos”²⁹⁷ com a finalidade de obter a performance que atenda aos objetivos da política pública que se procura implementar.

No caso do nosso Novo Marco Legal do Saneamento Básico, adotou-se as duas vertentes dessa técnica de regulação: a regulação referencial e a regulação por exposição, transparência e comparação.

²⁹⁴ RIBEIRO, Wladimir Antonio. Uma proposta para o saneamento básico no Brasil (parte 2). **Conjur**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-03/wladimir-ribeiro-proposta-saneamento-basico-parte>>. Acesso em: 11 set. 2020. A passagem consta de propostas, em forma de artigo, publicada pelo referido autor e apresentada em 5 (cinco) partes, entre outubro e novembro de 2018, todos com o título de “Uma proposta para o saneamento básico.”

²⁹⁵ SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALVIM, Tiago Cripa. Saneamento básico e insegurança jurídica: comentário à Medida Provisória 844/2018. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, nº 48, p. 287-308, Março-Abril/2019

²⁹⁶ SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 90.

²⁹⁷ NERY, Daniel Christianini. **A regulação e o papel do governo federal no saneamento**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (Coords.). O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 366.

Quanto à regulação por referencial, as normas de referência regulatória não possuem caráter vinculativo ou obrigatório, até porque faltam a elas o componente sancionatório, e o atributo à ANA de coibir sua inobservância. O alcance pessoal depende da adesão a essas proposições referenciais que “têm na consensualidade característica central”²⁹⁸.

Os entes subnacionais, titulares do serviço, bem como suas respectivas agências reguladoras de saneamento não estão obrigadas a seguirem as normas de referência regulatória da ANA, conquanto importante mecanismo de indução à adesão desses entes esteja previsto por meio do condicionamento do acesso aos recursos públicos federais para o setor.

Ocorre, que não ter acesso a recursos federais quase sempre não é uma alternativa para os entes subnacionais em razão da situação de dependência fiscal da União, sobretudo para investimentos em infraestrutura. Com efeito, vincular o acesso aos recursos na prática poderia funcionar como instrumento de coação para observância das normas de referência regulatória, que, assim, já não teriam caráter de recomendações, assumindo feição impositiva.

Nesse sentido, tem-se indagado se esse entrelaçamento obrigatório entre possibilidade de financiamento e adesão regulatória poderia “ser utilizado para constranger, inviabilizar mesmo alternativas de organização dos serviços de saneamento que, na visão dos titulares, seriam mais adequadas do que as recomendadas pela União?”²⁹⁹

Mesmo considerando a relevância da União e de seus órgãos vinculados de fomento na estruturação financeira para o saneamento básico, a conformação regulatória dada ao setor não confere às normas de referência regulatória caráter impositivo e cogente (normativo) e nem representam violação da autonomia dos entes subnacionais com titularidade sobre os serviços regulados. Uma análise mais detida dos aspectos regulatórios instituídos deixa clara essa posição.

Não dá para enxergar no sistema de incentivos atrelado ao recebimento de recursos federais essas características. O condicionamento do acesso aos recursos federais insere-se na “solução compromissória”³⁰⁰ funcionando como “verdadeiro elo entre a regulação e a cooperação dos entes da federação brasileira”³⁰¹.

A exigência de observância dessas normas de referência como condicionante para acesso aos recursos federais constitui, ademais, apenas um dos requisitos para habilitação aos

²⁹⁸ GUZELA, Rafaella Peçanha. Normas de referência para o setor de saneamento: um exame conceitual. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte, v. 19, n. 74, p. 187-206, abr./jun. 2021

²⁹⁹ SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALVIM, Tiago Cripa., op. cit.

³⁰⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de; OLIVEIRA, Rafael Daudt. **Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **O Novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

³⁰¹ NERY, Daniel Christianini., op. cit. p. 375.

recursos. O art. 50 da LNSB, com redação conferida pela Lei 14.026 de 2020, traz outros, ligados a índices de desempenho, regularidade, governança, eficiência, fornecimento de informação e à própria regionalização do saneamento. Todos, igualmente compatíveis com a competência da União na fixação de diretrizes para o setor.

Trata-se de imposições que legitimamente acompanham o poder de gastar do ente federal e são compatíveis com o desenho da política pública nacional de saneamento básico. O intuito do novo marco não foi substituir os reguladores subnacionais, mas sim “oferecer parâmetros e suporte técnico que poderão ser incorporados e recebidos, voluntariamente, por titulares e reguladores dos serviços”³⁰².

Sem abolir a competência regulatória local, o que violaria o princípio federativo, as transformações veiculadas pela Lei 14.026/2020 “procurarão por meio de *soft law* estimular os reguladores a se aproximarem num sistema nacional mais harmônico, tornando a regulação mais previsível e semelhante”³⁰³.

Nesse sentido, a Lei que as introduziram disciplinadamente as matérias a serem objeto dessas normas de referência que, em síntese, incidirão sobre padrões de qualidade e eficiência, regulação tarifária, padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços, contabilidade regulatória, governança, reuso, técnicas de melhorias ambientais e, especialmente, sobre a universalização e sustentabilidade econômico-financeira dos serviços³⁰⁴.

A ANA ao receber as novas atribuições anunciou que estaria fora do seu alcance regulatório material, por exemplo, a definição das tarifas ou taxas pela prestação dos serviços de saneamento. Esclareceu que esta definição se mantém na competência dos entes subnacionais e suas respectivas agências reguladoras locais. “As normas de referência da ANA poderão estabelecer somente o processo e metodologias para determinação das tarifas”³⁰⁵.

³⁰² FORTINI, Cristiana; BORELLI, Raul. **A atuação institucional da ANA no setor de saneamento básico**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coords). *O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 276

³⁰³ MARRARA, Thiago. **“Mosaico Regulatório”: As normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14026/2020**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 66.

³⁰⁴ Conforme art. 4º-A, § 1º e os treze incisos da Lei da ANA introduzidos pela Lei 14.026/2020. Ademais, não há divergência na doutrina especializada quanto a se tratar de rol taxativo.

³⁰⁵ ANA, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. **Perguntas e respostas. ANA, 2020**. Disponível em: <<https://www.ana.gov.br/saneamento/a-ana-e-o-saneamento/perguntas-e-respostas/perguntas-respostas>>. Acesso em: 10 de set. 2020.

Fica claro que as alterações promovidas não conferiram competência legal para a ANA regular direta e exaustivamente os serviços de saneamento nas cidades. Os entes federais subnacionais continuam com a autonomia preservada, inclusive para aderir às normas de referência, ou não, embora previstos incentivos legítimos para tanto.

O objetivo é de maior padronização regulatória a conferir segurança jurídica e previsibilidade, justamente como atrativos para estimular investimentos públicos e privados. Ademais, as próprias normas de referência serão instituídas pela ANA de forma progressiva e, no processo de instituição, serão ouvidas as entidades de regulação, fiscalização e os próprios entes subnacionais detentores da titularidade do serviço, com previsão inclusive de que auxiliem na elaboração das referidas normas.³⁰⁶

Esse aspecto é importante porque contribui para a prevenção de conflito e consequente judicialização quanto ao nível de aprofundamento das normas de referências nacionais, que deve se equilibrar na linha tênue entre fixar diretrizes regulatórias uniformizadoras e respeitar a competência regulatória direta dos entes subnacionais. Daí a importância de construção metodológica clara na elaboração dos referências nacionais, que contemple a participação dos agentes regulados, justamente para evitar invasão de espaços de competência regulatória e ao mesmo tempo atenda ao fundamento de instituição das proposições referências.³⁰⁷

Com efeito, atento ao conjunto de medidas estruturantes instituídas, vislumbra-se harmonia entre o arranjo regulatório a partir da centralidade da ANA como órgão regulador de referência, com o condicionamento de alocação de recursos e financiamentos à observância das suas proposições regulatórias, que serão, a seguir as prescrições normativas, construídas democrática e progressivamente.

Quanto à regulação por exposição, transparência e comparação, outro aspecto da regulação *sunshine* adotada, cuida-se de técnica regulatória que se utiliza da “medição, publicização, comparação e discussão pública dos resultados do desempenho dos prestadores dos serviços e seus fiscais”³⁰⁸ que é muito utilizada em setores onde a ausência de competição no mercado, em razão de monopólio natural, por exemplo, não demanda saltos de eficiência produtiva.

³⁰⁶ Art. 4º-A, § 4º, I e III da Lei 9.984, de 2000 - Lei da ANA, modificada pela Lei 14.026/2020 (NMLSB).

³⁰⁷ Esse aspecto foi muito bem exposto por OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A regulação infranacional e o novo marco regulatório**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

³⁰⁸ NERY, Daniel Christianini **A regulação e o papel do governo federal no saneamento**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (Coords.). O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 370.

Nesse caso, com suporte em dados e informações, produz-se avaliações que são publicadas e comparadas com agentes do mesmo setor, embora não concorrentes efetivos na mesma localidade de prestação dos serviços. Simula-se uma competição artificial para se gerar pressão dos agentes estatais e sociais por melhorias dos serviços³⁰⁹.

Para que tal intervenção alcance a finalidade proposta não se pode desconsiderar que a regulação pública, possui dois significativos problemas que são a informação e a adesão. São desafios próprios da regulação administrativa, mas que aqui são aprofundados, mercê da dimensão e diversidade, sejam das atividades, sejam dos entes a serem regulados³¹⁰.

O problema da informação nesse setor é a grande dispersão dos dados que as novas atribuições da ANA buscarão centralizar e tratar. Caberia ao órgão centralizador reunir a informação dispersa para, de maneira organizada, colocá-las à apreciação dos próprios entes regulados, dos agentes do setor e da comunidade em geral. Nesse sentido é possível considerar que a “primeira e mais intuitiva estratégia para lidar com os problemas da dispersão da informação é buscar centralizá-la num órgão ou entidade, em regra de natureza pública.”³¹¹ Referida estratégia caberá à ANA no papel de melhorar a qualidade regulatória.

A outra questão a ser enfrentada diz respeito à adesão dos entes regulados. O fomento via acesso aos recursos públicos federais representa importante mecanismo indutor, mas o novo marco traz outros como a Análise de Impacto Regulatório - AIR, porque através dela “o Poder Público identifica e avalia os possíveis efeitos de sua atuação”.³¹² Significa maior qualidade na atividade regulatória que servirá igualmente para atrair quem de fato tenha compromisso com o salto de eficiência que o setor demanda.

Interessante observar que uma vez travada a adesão às normas de referência pelos entes subnacionais e suas entidades reguladoras, bem como internalizadas elas nos atos e negócios jurídicos incidentes sobre a prestação dos serviços, as normas de referência passam a alcançar prestadores e concessionários regulados na ponta com outra feição. As normas de referência “passarão a ser imperativas para os destinatários secundários, que não terão outra escolha senão a elas se submeter e que poderão ser punidos caso as descumpram.”³¹³

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 360. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1303>>. Acesso em: 27 set. 2022. Livro eletrônico.

³¹¹ Ibid.

³¹² MENDONÇA, José Vicente Santos de., op. cit. p. 370.

³¹³ GUZELA, Rafaella Peçanha. Normas de referência para o setor de saneamento: um exame conceitual. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte, v. 19, n. 74, p. 187-206, abr./jun. 2021

A ANA, para além de elaborar as normas de referência, terá também três importantes papéis que podem ser extraídos das inovações e alterações veiculadas pela Lei 14.026, de 2020: promover uma maior articulação entre os setores de saneamento e recursos hídricos; atuar na capacitação para a regulação do setor de saneamento; e desempenhar a mediação e arbitragem de conflitos entre poder concedente, prestador de serviço e agências reguladoras. Neste último caso, a adesão ao desempenho da função pela ANA é especificamente voluntária e deve contar com a concordância das partes.

Observa-se uma gama variada de atribuições conferidas à ANA, cabendo atentar se foram fixadas as bases institucionais para desempenho dos papéis que lhes foram confiados. A propósito, não custa lembrar que as atribuições da ANA envolvem o setor de saneamento em sua acepção ampla. Inclui, além de água e esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos bem como drenagem urbana junto aos 5.570 Municípios, em 26 Estados e no Distrito Federal.

Embora se reconheça o importante desempenho da ANA nas suas atribuições originárias da gestão dos recursos hídricos, há necessidade de estruturar a Agência em termos de pessoal e de orçamento para atuar em segmento tão amplo. As modificações legislativas, contudo, sinalizam pela estruturação da autarquia, eis que houve alteração da designação de cargos da Lei nº 10.768, de 2003, que dispõe sobre o quadro de pessoal da ANA, para acrescentar a especialidade em regulação de saneamento básico.³¹⁴ Enquanto dever ser, portanto, a estruturação para melhoria da capacidade institucional está posta.

Contudo, outros, e não menos importantes, desafios regulatórios se apresentam. Não é estranho ao ambiente regulatório especialmente voltado ao monopólio natural, e em país em desenvolvimento, que “um grupo de interesses privados ‘capture’ o regulador, fazendo-o agir de acordo com seus objetivos, e não (mais) em busca de fins públicos”³¹⁵.

Cabe considerar, no entanto, que o risco de captura e gestão política no cenário de pulverização regulatória, desprovido de uma coordenação e distante do ideal de segurança jurídica e a harmonização normativa era ainda maior. O modelo a ser implementado tem muito mais condições de, senão superar, ao menos minimizar as assimetrias de informação e avançar em *know how* regulatório.

Importa destacar que a ANA como agência federal recebe o influxo da Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019) que impôs melhores práticas decisórias e de gestão,

³¹⁴ Art. 1º, I com redação dada pela Lei 14026, de 2020.

³¹⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil**. In: FARIA, José Eduardo; NETO, Caio Mário da Silva Pereira. Regulação, direito e democracia. Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 81.

exige maior controle interno e social além de obrigar a elaboração e divulgação de programa de integridade. Prescrever ainda a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

É essencial, contudo, a participação do usuário via controle social, porque é ele que sofre mais diretamente com as falhas de mercado e as deficiências da regulação que, muitas vezes, acarretam tarifas abusivas e má qualidade do serviço. O controle social é ainda uma “forma de controle preventivo da captura da agência reguladora” e é através dele que se veicula “reivindicações sobre medidas de controle e repressão de abusos, bem como pleitos de universalização”³¹⁶.

Nesse sentido, há duplo reforço do controle social em razão das disposições da Lei Geral das Agências Reguladoras Federais e dos dispositivos do marco legal do saneamento que o impõe de forma ampla. Visto que deve ser estruturado nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, e a previsão dessas medidas, ademais, é condição de validade dos contratos. Aos utentes do serviço foi possibilitada representatividade nos órgãos colegiados de caráter consultivo. Por fim, cuidou-se de definir o controle social como “conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participação[...]”³¹⁷

Enquanto dever ser, as prescrições do NMLSB, na estruturação jurídico institucional regulatória, representam avanço compatível com o federalismo de cooperação da Constituição de 1988, que suplanta a visão estanque de atribuições e admite configurações que atendam aos desafios de implantação de políticas públicas que buscam efetivar direitos fundamentais sociais, impondo medidas de subsídios, de auxílio pelos entes maiores e de controle social.

4.5 A sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário.

Para completar a abordagem em direção a uma compreensão geral da política pública de saneamento básico, com enfoque nos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário, interessa discorrer sobre a sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços a fim de indicar e expor os contornos do modelo adotado, até porque intimamente relacionada com a prestação regionalizada e com o mandamento da universalização.

³¹⁶ COUTINHO, Diogo Rosenthal., op. cit. p. 82.

³¹⁷ Art. 3º, IV da Lei 11.445/2007 com redação pela Lei nº 14.026, de 2020.

A importância conferida a esse aspecto perpassa várias dimensões da estruturação jurídica da política pública do saneamento básico. É relevante mencionar que se trata de condição de validade dos próprios contratos que tenham por objeto a prestação desses serviços públicos.

Exige-se, sob pena de invalidade da contratação, a existência de estudo que comprove a viabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico e, em seguida, que os serviços possuam as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro, em regime de eficiência. A própria diretriz de regionalização dos serviços deve ser formatada com vistas à obtenção da sustentabilidade econômico-financeira dos arranjos regionais.³¹⁸

Pois bem, iniciaremos a análise pela própria descrição de serviço público em razão dos vínculos que possui com a configuração do modelo prescrito na legislação setorial para remuneração dos serviços. Com efeito, pela ausência de uma definição legal geral há múltiplas acepções (subjéctiva, objectiva, formal) que sustentam conceituações diversas do fenómeno serviço público. Escapa ao nosso propósito expor essas diversas correntes e suas perspectivas.

Como já indicado em tópico anterior adotaremos a noção de serviço público nos termos em que formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que a concebe a partir da conjugação de um substrato material e um outro formal. Aquela, “consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados”; este último, “consistente em um específico regime de direito público” a conferir-lhe justamente a feição jurídica por “corresponder a um dado sistema de princípios e regras”.³¹⁹

A partir dessa concepção de serviço público “sobre a qual incide um regime jurídico de direito público, no qual poderá ser inserido um regime tarifário”³²⁰ desenvolveremos algumas considerações sobre os custos dos serviços de saneamento básico. O foco, como dito, será no fornecimento de água e esgotamento sanitário, bem como nas formas de sua remuneração, especialmente quando o desempenho da atividade ocorre por delegação, em razão da maior abertura do setor à participação privada.

A entrega ao setor privado que, naturalmente, busca o lucro, demanda enfrentarmos a maneira com que os serviços serão remunerados. Até porque se trata de serviço público essencial cujo princípio da eficiência se projeta para além de uma fórmula logística e pede atenção a

³¹⁸ Art. 11, II e IV, bem como Art. 49, XIV da Lei 11.445/2007 com redação da Lei 14.026/2020 (NMLSB).

³¹⁹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 690.

³²⁰ CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 26.

outros aspectos, como ampliação dos beneficiários, evolução tecnológica e externalidades ambientais, tanto em sua implantação, como na sua execução, cujo principal insumo é um bem ambiental de primeira grandeza e sobre o qual atualmente pairam inúmeras ameaças: a água.

Por esse olhar passemos à análise dos custos financeiros dos direitos e da remuneração dos serviços de saneamento básico.

Implementar direitos possui um custo financeiro. “Os direitos impõem custos não somente ao orçamento público, mas também aos particulares.”³²¹ Sob a ótica dos custos já não faz mais tanto sentido a divisão entre direitos que impõem uma abstenção (direitos negativos) e direitos que exigem prestação estatal (direitos positivos), eis que ambos demandam atuação do Estado com implicações nas finanças públicas e conseqüentemente para os contribuintes³²².

Na perspectiva do direito financeiro, as despesas públicas são veículos de realização desses custos, mas não somente. É que os titulares dos direitos sociais quando qualificados como usuários dos serviços públicos também serão demandados a remunerá-los. José Casalta Nabais anota que a individualização desses custos os torna conhecidos para quem arca com eles, seja “do ponto de vista do estado, ou melhor dos contribuintes, como do ponto de vista de quem deles se beneficia, isto é, do ponto de vista dos titulares dos direitos sociais”.³²³

O saneamento básico “como um setor de infraestrutura que envolve indústrias de rede e serviços de universalização obrigatória”³²⁴ solicita perquirir quem assumirá seus custos financeiros e com qual modelo conseguirá as receitas que conferirão suporte à prestação, que deve ser contínua e se apresenta entre nós com urgente necessidade de ampliação.

Observa Thiago Marrara que “a opção por uma ou outra forma de remuneração resta sempre condicionada à natureza indivisível (*uti universi*) ou divisível (*uti singuli*) da prestação.”³²⁵ Aplicado ao saneamento, pode-se dizer que os serviços gerais de limpeza urbana e drenagem de águas pluviais teriam natureza indivisível a ser custeado por impostos e receitas alternativas, diversas das taxas ou tarifas. Já os serviços de fornecimento de água e esgoto, por

³²¹ SUNSTEIN, Cass R e HOLMES Stephen. **O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos.** tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes: 2019, p. 10.

³²² Para maior aprofundamento quanto à desconstrução da dicotomia direitos negativos x direitos positivos ver SUNSTEIN, Cass R e HOLMES Stephen., op. cit.

³²³ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49828>>. Acesso em: 10 set. 2020.

³²⁴ BUSTAMANTE, Maria Magalhães de. Ensaio sobre o estado da arte da regulação do setor de saneamento básico. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 18, n. 99, p. 191-211, set./out. 2016.

³²⁵ MARRARA, Thiago. Tarifa mínima para manutenção de serviços públicos de fornecimento de água e de coleta de esgoto. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. n. 11. ano 3. p. 223-254. São Paulo: Ed. RT, out-dez. 2019.

serem divisíveis e possibilitarem a mensuração real ou potencial do consumo de cada usuário, acolheria regime mais flexível em razão de agregar à sua sustentação a remuneração por taxa ou tarifa, seja parcial ou totalmente.

Caberá ao titular do serviço a responsabilidade principal de “estabelecer legislativamente a política a ser implantada em relação à forma de cobrança pelo serviço.”³²⁶ E há modelos diversos que podem ser escolhidos, quais sejam: a) o do serviço público remunerado integralmente pelos usuários; b) o do serviço público remunerado parcialmente pelos usuários; c) o modelo do serviço não custeado pelo usuário final. Neste último modelo, a gratuidade para o usuário não representa ausência de custos, mas apenas modificação da fonte de custeio.³²⁷

A decisão quanto à remuneração de determinado serviço público está associada a dois efeitos que se comunicam. Um, de caráter conflitivo, entre os usuários do serviço e a comunidade em geral; o outro, de feição redistributiva de riqueza. No caso dos serviços públicos essenciais, prestados mediante delegação, o modelo de remuneração envolve interesses dos concedentes, concessionários, usuários e dos não usuários. “Portanto, a forma de alocação do ônus da prestação de um serviço público não é neutra do ponto de vista redistributivo.”³²⁸

Assim, interessa descortinar qual foi o modelo eleito pelo NMLSB, ou mesmo se a legislação setorial ofereceu mais de um modelo e qual deles é viável para a sustentabilidade econômica dos serviços de água e esgoto, objeto da nossa abordagem.

A LNSB, em sua redação originária, trazia enunciado no sentido de que os serviços de saneamento básico teriam a sustentabilidade econômico-financeiro “sempre que possível” remunerada pela cobrança dos serviços. No caso do abastecimento de água e esgotamento sanitário veiculava que a remuneração ocorreria “preferencialmente” na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderiam ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente.

Com a reformulação da LNSB, implementada pelo NMLSB, houve modificação dos enunciados, excluindo-se a expressão “sempre que possível” e incluindo expressamente a possibilidade de remuneração mediante taxa³²⁹.

³²⁶ CÂMARA, Jacinto Arruda., op. cit. p. 70.

³²⁷ Sacamos a sistematização desses modelos de MARRARA, Thiago., op. cit.

³²⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. **As tarifas nos diversos tipos de saneamento**. In: CUNHA FILHO, et al (Coords.). Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil. Estudos Sobre a Nova Lei Nº 14.026/2020. Volume 2. São Paulo. Quartier Latin. 2021.

³²⁹ Para comodidade da análise, seguem os enunciados da LNSB tais como reformulados: “Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços, e, quando necessário, por outras formas adicionais, como subsídios ou subvenções,

Não parece haver dúvidas de que houve preferência pelo modelo de remuneração pelos usuários dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Os usuários deverão arcar, preferencialmente, com os custos dos serviços e, apenas quando necessário, poderá haver o apoio público com subvenções e subsídios para sustentabilidade econômico-financeira da atividade.³³⁰

A opção expressa por taxa, como uma das formas de remuneração, não traz repercussões maiores, haja vista que, pelas características dos serviços de água e esgoto, essa espécie tributária já poderia ser utilizada. É que decorre da própria Constituição Federal uma “duplicidade de regimes possíveis para disciplinar a cobrança pela prestação de serviços públicos”³³¹.

Observadas algumas condicionantes, cabe ao ente público titular do serviço, mediante Lei, escolher o modelo aplicável. A Constituição, portanto, admite o regime tarifário, bem como antever a possibilidade de um regime mais rigoroso, de natureza tributária, como a taxa. A LNSB oferece essas opções, fazendo constar ainda em seu enunciado a expressão outros preços públicos.

Com efeito, revela-se útil discorrermos sobre os parâmetros desses meios de remuneração cujas características, requisitos e distinções devem ser levados em conta pelo titular dos serviços para sustentabilidade das prestações positivas a que estão incumbidos.

4.5.1 Taxas, Tarifas e Preços Públicos: em busca do meio adequado para custear os serviços de água e esgoto.

Como visto, não há grandes dificuldades em se identificar na LNSB que o modelo escolhido no Brasil foi o sistema de remuneração pelo usuário final, somente admitindo, quando necessário, o aporte financeiro por outros instrumentos, como as subvenções e subsídios.

A LNSB ofereceu, no entanto, instrumentos diversos para as contraprestações pelos usuários, visto que estabeleceu a possibilidade de remuneração dos serviços divisíveis de água e esgoto por taxa, tarifa e outros preços públicos. Interessa então explorar os contornos desses meios de remuneração, para os especificar, no intuito de oferecer parâmetros para a eleição, pelos titulares dos serviços, daquele mais adequado ao interesse público.

vedada a cobrança em duplicidade de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário, nos seguintes serviços: I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos, conjuntamente; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)”

³³⁰ No mesmo sentido SCHWIND, Rafael Wallbach., op. cit.

³³¹ CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33.

Iniciemos pela taxa que, por ser espécie de tributo vinculado a uma atividade estatal, tem regime jurídico mais rígido, submetido que está aos princípios da legalidade estrita, anterioridade, irretroatividade e demais garantias constitucionais dispostas aos contribuintes. Geraldo Ataliba precisou os contornos dessa exação ao expor que:

“quando o Estado for exigir imposto, basta que tome um fato qualquer da esfera dos particulares (que revele riqueza dos particulares) e já terá instituído o imposto. No caso da taxa a Constituição está impondo duas exigências: uma que haja o exercício do poder de polícia ou a prestação de serviços públicos, primeira exigência; segunda exigência que haja uma Lei dizendo que essas atividades do Estado ensejam a incidência de tributo.”³³²

A taxa não se confunde com imposto e assim não pode ter a mesma base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto³³³. Essa não correspondência recebeu do STF significado menos rigoroso. A Corte entendeu que não há inconstitucionalidade na 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.³³⁴

De outro modo, a inconstitucionalidade estará presente se a instituição da taxa ocorrer com base de cálculo integralmente idêntica a de um imposto, porque esse é o alcance semântico conferido vinculativamente pelo STF ao art. 145, II, § 2º da CF. Havendo integral identidade, a exação é inválida, porque afinal de contas “O dever fundamental de pagar tributos só pode ser entendido como correlato ao direito fundamental de só ser tributado na forma prevista na Constituição.”³³⁵

As taxas assim podem ser arrecadadas em decorrência do exercício do poder de polícia e da prestação efetiva ou potencial do serviço público, específico e divisível. Focaremos a análise na taxa de serviços que é a que nos interessa para os fins aqui propostos.

Percebe-se que não é qualquer serviço público que enseja a cobrança por taxa, mas apenas aqueles específicos e divisíveis com prestação efetiva ou potencial. Exige-se certas “condições de direito administrativo para que seja válida a lei de taxas.”³³⁶

Se é certo que o regime de taxa oferece maiores garantias ao usuário do serviço, enquanto contribuinte, também é verdade que dota o poder público, titular do serviço, de maiores prerrogativas por viabilizar a exigência de seu pagamento independentemente do desfrute do

³³² ATALIBA, Geraldo. Taxas e preços no novo texto constitucional. Revista de Direito Tributário. Ano 13. Nº 47. Janeiro-março de 1989, p. 142-155.

³³³ Ver art. 77, parágrafo único do CTN.

³³⁴ Entendimento estabelecido na Súmula Vinculante nº 29 do STF.

³³⁵ IVO, Gabriel. **O princípio da tipologia tributária e o dever fundamental de pagar tributos**. In DE ALENCAR, Rosmar Antomni Rodrigues (org.). Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Estudos comemorativos aos seus vinte anos. Porto Alegre. Nuria Fabris Editora: 2008, p. 42.

³³⁶ ATALIBA, Geraldo., op. cit.

serviço. Basta a mera disposição da atividade material ao usuário/contribuinte para viabilizar a cobrança por taxa.

Feitas essas considerações, passemos às tarifas e preços públicos, conforme previstos na LNSB. Um primeiro aspecto, é esclarecer em que sentido as palavras tarifas e preços públicos entrarão no discurso descritivo. É que, quanto ao ponto, graça certa diversidade de uso terminológico. Adotaremos, contudo, tarifa como sinônimo de preço³³⁷. Porque “tarifa é preço público e ou se cobra tarifa ou se cobra taxa; não há escolha livre pela Administração, nessa hipótese.”³³⁸

A tentativa de demarcar a aplicação de taxa ou tarifa traz algumas dificuldades já reconhecidas pela doutrina, a ponto de Regis Fernandes de Oliveira apontar uma “babel de enfoques”³³⁹ sobre o tema. A nossa incursão, no entanto, será setorial, visto que voltada à remuneração dos serviços de água e esgoto. Não cabe nesse texto abordar as variadas perspectivas que envolvem a temática.

A tarifa, nesse sentido, possui regime mais flexível que o da taxa, dotado que é de natureza administrativa. Demanda autorização em Lei, mas não precisa ser instituída ou alterada diretamente por ela, porque não está submetida à legalidade estrita nem ao princípio da anterioridade. É consolidado o entendimento de que as tarifas não se confundem com as taxas, sendo estas compulsórias e com sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária.³⁴⁰ As tarifas são exigidas, ademais, a partir do gozo dos serviços e não por sua mera disponibilidade como as taxas.

A questão que se põe, é de como identificar qual regime de remuneração deve ser aplicado a um dado serviço público. O dilema, muito bem apanhado por Jacinto Arruda Câmara, é que “Não há condicionamento pressuposto, que seja exclusivamente material, para aduzir se um dado serviço público será objeto de taxa ou tarifa.”³⁴¹ Entende que é preferível sistematizar o conjunto de condicionantes existentes do que tentar apontar “um critério único e absoluto de identificação do regime de cobrança.”³⁴²

³³⁷ Nesse sentido, ATALIBA, Geraldo., op. cit.

³³⁸ MUKAI, Toshio. **Saneamento básico: diretrizes gerais, comentários à Lei n. 11.445 de 2007**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 73.

³³⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de., op. cit.

³⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 545**. “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.”.

³⁴¹ CÂMARA, Jacinto Arruda., op. cit. p. 41.

³⁴² Ibid., p. 45.

A partir dos critérios a serem observados em concreto, tais como: da entidade que presta o serviço, se estatal ou privada; do regime de fruição, se obrigatório ou facultativo; e do surgimento da obrigação, se com a utilização do serviço ou mera disposição ao usuário; pode-se conseguir validade e adequação na escolha e aferição do regime de cobrança a ser instituído.

Nesse sentido, em caso de execução indireta de serviços públicos, por meio de concessões ou permissões, mediante delegação a entidades privadas ou por parcerias, o regime cabível é o tarifário. Este é o único compatível com a dinâmica de execução privada, por conta e risco do prestador, e adaptável ao enfrentamento das contingências necessárias para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É nesse aspecto que se concebe a tarifa como um preço regulado, com implicação em múltiplas relações, a envolver concedente, concessionário, usuário e regulador. “Somente com a consciência dessa multiplicidade de relações, inclusive com o regulador, é que se poderá compreender a tarefa de estruturação tarifária, inclusive no setor de saneamento”.³⁴³ A rigidez do regime de taxa não é compatível com essa forma de prestação dos serviços, até por não ser possível ao delegatário privado instituir e cobrar tributo.

Ocorre que o Estado pode resolver prestar os serviços por via de atuação direta, modalidade que permite a escolha, por instrumento legislativo, entre os dois regimes de cobrança.³⁴⁴ Significa dizer que “se a opção for a de prestar diretamente o serviço, porém, ainda restará ao legislador a opção pelo regime tributário ou o das tarifas.”³⁴⁵

A delegabilidade dos serviços, ou não, revela-se como um importante condicionamento. No mesmo sentido, o critério da obrigatoriedade dos serviços, que não é uma característica ontológica, mas passa a existir em razão da estruturação legal da atividade. “O serviço de água e esgoto – exemplo por vezes examinado pelo judiciário – não é obrigatório ou facultativo por sua própria natureza. Tal condição somente é percebida do exame da legislação aplicada em cada localidade.”³⁴⁶

³⁴³ MARRARA, Thiago. Tarifa mínima para manutenção de serviços públicos de fornecimento de água e de coleta de esgoto. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. n. 11. ano 3. p. 223-254. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

³⁴⁴ Essa é a interpretação que prevalece e se consolidou, ou seja, a prestação direta pelo ente estatal abre a possibilidade de instituição da remuneração dos serviços, conforme opção legal, por tarifa ou taxa. Discordando dela, mas reconhecendo já em 1989 seu alinhamento com o entendimento minoritário ver ATALIBA, Geraldo. Taxas e preços no novo texto constitucional. **Revista de Direito Tributário**. Ano 13. Nº 47. Jan-mar de 1989, p. 142-155.

³⁴⁵ CÂMARA, Jacinto Arruda., op. cit. p. 42.

³⁴⁶ Ibid. p. 43.

Constata-se, porém, que tem ocorrido a delegação de serviços obrigatórios, de sorte que, visto isoladamente, o critério da obrigatoriedade ou facultatividade dos serviços já não funciona nem mesmo como condicionamento ao direcionamento de um ou outro regime de cobrança. “A delegação a particulares pressupõe a existência do regime tarifário, mas não tem constituído barreira absoluta à aplicação de um regime jurídico em que se imponha a obrigatoriedade do serviço.”³⁴⁷ O saneamento aqui é mais um exemplo dessa situação.

Visto que a grande aposta do setor de saneamento, com o novo marco legal, é a busca de maior participação privada em procura da eficiência do mercado na prestação dos serviços, o regime tarifário se apresenta então como melhor opção de remuneração dos serviços. O regime tarifário aliás já havia se consolidado, de modo que “serviços de água e esgoto são comumente remunerados mediante tarifa, inclusive quando o prestador é uma empresa estatal ou mesmo uma autarquia.”³⁴⁸ A expressa menção à taxa no novo marco não parecer ter o potencial de alterar esse cenário.

A flexibilidade do regime tarifário e sua natureza regulamentar (não contratual) possibilita o atendimento equilibrado de princípios setoriais que, por vezes, podem se contrapor. O princípio da modicidade tarifária deve ser observado para o atendimento das diretrizes de universalização dos serviços, mas igualmente cabe procurar atender ao princípio da continuidade, só possível, nesse modelo que aposta em maior participação privada, com atenção à sustentabilidade econômico-financeiras dos contratos.

Nessa perspectiva, o Novo Marco aposta na melhoraria da regulação setorial, como vimos no item anterior, em busca dos objetivos de compatibilizar a continuidade e a universalização.

Por fim, a sustentação econômica não se restringe a essa contraprestação tarifária, haja vista a previsão normativa de receitas alternativas que podem compor a remuneração dos concessionários bem como a abertura para atuação estatal financeira auxiliar. Este último aspecto será abordado a seguir, já que as receitas alternativas não apresentam grandes dificuldades e são bastantes variáveis, conforme modelagem contratual adotada a exigir abordagens concretas que escapam à nossa proposta.

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ GUREVICH, Eduardo Isaías e ROSA, Vanessa. **Remuneração dos Serviços**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 142.

4.5.2 A sustentabilidade econômico-financeira complementar: subvenções e subsídios no setor de saneamento.

A maior abertura à participação privada, via concessão comum, ou demais parcerias, e a possibilidade de subvenções econômicas aos concessionários e parceiros privados, bem como a utilização de subsídios, como mecanismos de suporte supletivo da sustentação econômico-financeira das atividades, reclama discorrermos sobre essas categorias expressamente previstas no marco legal do setor.

É possível conceber as subvenções e subsídios como atividade de fomento, porque esta “reúne as técnicas de transferência de bens e direitos em favor de sujeitos de direito privado, sem contraprestação ou com contraprestação em condições facilitadas, com vistas à satisfação direta ou indireta de interesses públicos”³⁴⁹

As subvenções e subsídios são meios econômicos de fomento que devem ensejar proventos em favor dos beneficiários da atividade administrativa. Rafael Valim acata a natureza dúplice desses institutos, de direito financeiro e de direito administrativo, porque implicam dispêndios de recursos públicos e relações pautadas pelo regime de direito administrativo³⁵⁰.

Em que pese as semelhanças, cuida-se de categorias distintas. A subvenção, que serve ao estímulo de certas atividades:

“é uma relação jurídico administrativa típica, caracterizada por uma prestação pecuniária do Estado em favor de um sujeito de direito privado, ao qual corresponde aplicar os valores percebidos, desinteressadamente e com a concorrência de recursos ou bens próprios, no desenvolvimento de uma atividade revestida de interesse público”.³⁵¹

Os subsídios, por sua vez, são aqui tomados como meios de proteção de determinados direitos fundamentais vinculado à condição do beneficiário. São aplicados sem repartição de riscos mediante cumprimento dos requisitos eletivos pelos beneficiários. São dotados de estabilidade, porque operam sob do manto do princípio da proibição do retrocesso.³⁵² Trataremos mais adiante dos subsídios cruzados, categoria bastante utilizada na remuneração dos serviços de saneamento para contingentes populacionais mais carentes e que, muitas vezes, demandam uma estrutura regionalizada.

Merece ser enfatizado, por ora, que a categorização distinta que acolhemos de subvenções e subsídio não é de adoção uniforme. Regis Fernandes, por exemplo, não a adota e defende

³⁴⁹ VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015, p. 48.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 85.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 96.

³⁵² *Ibid.*

a utilização do termo subsídio apenas como signo pertinente ao regime remuneratório de servidores públicos. Acolhe então a acepção mais larga de subvenção “como auxílio financeiro, previsto no orçamento público, para ajudar entidades públicas ou particulares a desenvolver atividades assistenciais, culturais ou empresariais”³⁵³.

Contudo, a construção apanhada de Rafael Valim, diferenciando os dois termos, parece de maior alcance descritivo ao conferir significados diversos sob a perspectiva do eixo comum da atividade de fomento, conjugando elementos de direito administrativo e financeiro em suas formulações, mas se valendo, igualmente, de enunciados do direito positivo.

A atividade de fomento constitui legítimo instrumento do Estado Social de Direito Brasileiro em busca do desenvolvimento nacional e da superação das nossas desigualdades regionais e sociais, ambos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil plasmados na CF88.

Por envolver despesas públicas, no entanto, merecem atenção quanto ao desvirtuamento na sua utilização. Caráter que não passou despercebido por Geraldo Ataliba quando, mesmo defendendo a utilidade de tais meios de auxílio, alertou para a viabilidade de se poder “impugnar um critério não isonômico, ou ensejador de favoritismo ou perseguições, ou, de qualquer forma, infringente da constituição.”³⁵⁴

A nossa tradição patrimonialista de privatizar ganhos e socializar prejuízos demanda que os órgãos regulatórios e de controle atuem vivamente nesse momento em que se promove maior abertura do setor de saneamento ao mercado, sob a promessa de que haverá maiores investimentos privados em benefício da universalização dos serviços. Qualquer estímulo ou auxílio a partir da economia pública, como “incentivo financeiro que é, deve resultar em benefício público”³⁵⁵.

Nesse sentido, há de se observar alguns requisitos, sem os quais, não haverá validade em atos liberatórios de despesa pública. É que a aplicação de recursos públicos está submetida aos princípios financeiros e orçamentários prescritos pela CF88 e na legislação correlata.

³⁵³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. Livro eletrônico. Extrai-se que este publicista adotada conceituação mais próxima dos estritos limites do direito financeiro (art. 12, § 3º, II da Lei nº 4.320/64).

³⁵⁴ ATALIBA, Geraldo. Subvenção municipal a empresas, como incentivos a industrialização, impropriamente designada devolução do icm. **Justitia**, v. 33, n. 72, p. 151-156, jan./mar. 1971.

³⁵⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de., op. cit.

Em geral, devem estar “previstos pela lei ou em decreto regulamentar. Normalmente, a autorização vem inserida na lei orçamentária”³⁵⁶. Tratando-se de subvenção econômica a empresas com fins lucrativos exige-se autorização veiculada por Lei especial.³⁵⁷ Por fim, a últimação da subvenção decorrerá de um procedimento administrativo em que sejam avaliadas as condições de habilitação fiscal e técnica do beneficiário.

Especificamente quanto ao setor de saneamento, a opção por esses instrumentos de fomento só está autorizada como meio adicional e quando realmente necessário à sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços. Requisito que se agrega como mais uma condição para concessão desses auxílios.

4.5.3 Subsídios cruzados e Subsídio Direto: a face redistributiva da política pública de saneamento básico.

Subsídios cruzados constituem-se em categoria bastante utilizada na remuneração dos serviços de água e esgoto. Sua prática contribui para a efetividade da política pública em matéria tarifária. Pode ser concebido como uma deformação dos elementos econômicos consistentes na modificação da obtenção de recursos de um segmento para outro, a fim de gerar benefícios a determinado grupo de usuários. Trata-se de efeito buscado pela regulamentação, levando em conta especificidades para maior alcance dos serviços³⁵⁸.

Os subsídios cruzados surgem da necessidade de se garantir, do ponto de vista distributivo, que o fornecimento dos serviços públicos essenciais seja sustentável, mesmo para contingentes de usuários cuja entrega não apresente vantagens econômicas. Certamente, não fosse a imposição regulatória, não haveria apetite do mercado em instalar a rede de infraestrutura e fornecer água e esgoto em cidades menores, povoados ruais, ou comunidades de baixa renda na periferia das cidades, justamente onde mais é necessária a expansão da política pública.

Nesse caso, identifica-se as tarifas superavitárias que por gerar recursos excedentes “geralmente serve para custos externos eventuais, como os subsídios cruzados em favor de usuários em situação de vulnerabilidade”³⁵⁹. É fato que o custo não desaparece. Apenas é deslocado. O

³⁵⁶ Ibid.

³⁵⁷ Determinação expressa do art. 19 da Lei nº 4.320/64.

³⁵⁸ CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 79.

³⁵⁹ MARRARA, Thiago. Tarifa mínima para manutenção de serviços públicos de fornecimento de água e de coleta de esgoto. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. n. 11. ano 3. p. 223-254. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

deslocamento do custo pode ocorrer inclusive de forma diversa, para outros usuários, para receitas alternativas e para o próprio aporte de recursos orçamentários. “De certo modo, a ênfase nos custos dos direitos pode ser entendida como uma resposta ao problema da atenção seletiva.”³⁶⁰

A construção dos arranjos regionais, com ajuntamento de municípios, deve ser estruturada, portanto, com atenção a essa medida de compensação entre localidades mais rentáveis e outras menos rentáveis, para que, justamente, haja possibilidade da utilização desses subsídios cruzados. É a junção do que se tem denominado de “filé com osso”.

Na perspectiva normativa é bem viável a instituição desse tipo de arranjo, contudo, demandará forte articulação interfederativa, porque, em realidade, as localidades com melhores condições socioeconômicas carregarão, de alguma maneira, o ônus das deficitárias. A menos que a estruturação dos projetos atuem em boa técnica e demonstrem que os ganhos de escala e a eficiência da regionalização equalizem a situação e traga benefícios a todos os envolvidos.

Por todas essas implicações dos subsídios cruzados, vem ganhando corpo a utilização de subsídio direto ao usuário quando constatada a operação deficitária na prestação dos serviços. Menciona-se algumas vantagens dele em relação à técnica dos subsídios cruzados. Haveria maior transparência em razão da elegibilidade pessoal dos beneficiários que atendessem determinados requisitos. Nos subsídios cruzados muitas vezes não se tem muita clareza quem está subsidiando quem e em que medida.³⁶¹

Não se deve desconsiderar, contudo, que exigências regulatórias do Novo Marco tendem a melhorar a visibilidade dessa equação, o que não impede de se enfatizar essa opção para superar o déficit da universalização, justamente para os usuários que mais necessitam da ampliação dos serviços e que possuem menor capacidade de custear os serviços.

Ademais, os subsídios diretos estão vinculados à demanda, mediante transferências que alcancem os usuários da rede, conforme critérios de elegibilidade estabelecidos pelo ente titular dos serviços³⁶². Já nos subsídios indiretos, de que são exemplo os cruzados, “o governo subsidia a oferta, mantendo a tarifa da prestadora abaixo dos custos”. Nesse caso, há problemas de

³⁶⁰ SUNSTEIN, Cass R e HOLMES Stephen., op. cit. p. 101.

³⁶¹ GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima. O subsídio cruzado e os contratos de programa para saneamento básico. **Conjur**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-23/luiz-felipe-graziano-subsidio-cruzado-contratos-programa>>. Acesso em: 14 de mar. 2022.

³⁶² Não se assemelha a programas de transferência de renda, porque ligado ao vínculo dos usuários eleitos com a prestação dos serviços. A operacionalização pode ocorrer, por exemplo, com redução da conta para esse usuário específico, detentor do direito a uma tarifa social.

isonomia, no sentido de que a redução das tarifas alcançaria alguns usuários que de fato não precisariam ser subsidiados.³⁶³

Os subsídios diretos possuem ainda outras vantagens, eis que: reduz o volume total de subsídios destinados à prestadora dos serviços, ao tempo em que garante a sua sustentabilidade econômico-financeira para cumprimento das metas de universalização e diminui o índice de inadimplência da população econômica e socialmente vulnerável.³⁶⁴

O Novo Marco parece ter atentado para esse instrumento econômico de política social e imposto maior foco nele, tanto que houve exclusão do termo localidade na definição de subsídios veiculada na referida lei, trazendo agora tão somente “populações de baixa renda” quando antes se referia a “localidades” e populações de baixa renda.³⁶⁵

O contingente de usuários que necessitam desse instrumento é significativo em um país como o Brasil e deve ser levado em conta pela regulação e contratualização dos serviços, que exigirão clareza quanto a quem vai subsidiá-los, qual o montante de recursos alocado e como ocorrerá sua integração na equação econômico-financeira do contrato para que haja sustentabilidade econômica. Porque, “para levar os direitos a sério é preciso levar a sério a escassez de recursos”³⁶⁶ e as formas de equalizar essa contingência em busca dos objetivos maiores, como a universalização de serviços públicos essenciais.

José Casalta Nabais, tratando dos custos públicos como a face oculta dos direitos fundamentais, sustenta que os direitos, todos eles, por não serem graças dos deuses nem presente da natureza “não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual”³⁶⁷

Para que se implementem, portanto, as metas de universalização do saneamento básico, impõe-se buscar a viabilidade econômica da prestação dos serviços com manejo dos instrumentos relacionados aos custos desse direito, como remuneração por tarifa, receitas alternativas, subsídios indiretos (cruzados) e diretos (tarifa social), instituição de fundos, incentivos fiscais

³⁶³ VASCONCELOS, Andréa Costa de; MARCATO, Fernando S. Subsídio direto à população de baixa renda como mecanismo para universalização dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 159-176, abr./jun. 2018.

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Vejamos o enunciado com redação atual: “VII - subsídios: instrumentos econômicos de política social que contribuem para a universalização do acesso aos serviços públicos de saneamento básico por parte de populações de baixa renda; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).”

³⁶⁶ SUNSTEIN, Cass R e HOLMES Stephen., op. cit. p. 75.

³⁶⁷ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=49828>>. Acesso em: 10 set. 2020.

e até a melhoria da eficiência para evitar perdas, todos, de algum modo, vinculados a um progressivo e maior acesso aos serviços de saneamento básico.

Esses instrumentos, por fim, também perpassam as relações de cooperação interfederativa e são igualmente projeção do princípio da subsidiariedade no viés de auxílio, subsídio fortemente presente no novo marco, como temos demonstrado.

4.7 A promoção do direito fundamental ao saneamento básico e o mandamento de universalização.

A universalização, desde a instituição da Lei Nacional do Saneamento Básico – LNSB, foi alçada a princípio fundamental do serviço público de saneamento. O novo arranjo regulatório promovido pelo NMLSB enfatiza ainda mais esse mandamento que se projeta em vários institutos redesenhados ou introduzidos pela recente alteração legislativa.

Inicialmente, compete tecer algumas considerações sobre os contornos e a própria definição de universalização, para a partir daí, investigar sua importância e seu percurso no horizonte da recente reestruturação da política pública de saneamento básico.

O mandamento de universalidade dos serviços públicos tem raízes no próprio princípio da isonomia. Com efeito, a titularidade universal dos direitos fundamentais sociais e a universalidade do acesso aos serviços públicos se enlaçam e impõem, na estruturação deste último, a observância do compromisso com a igualdade material que reclama em certa medida discriminações positivas em busca do interesse público.³⁶⁸

Afinal, os serviços públicos são instrumentos de realização dos direitos fundamentais e possuem como razão derradeira “ser pressuposto da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade de seus cidadãos”³⁶⁹.

Nesse sentido, embora possam ser exploradas economicamente, as atividades qualificadas como serviços públicos essenciais devem ser aptas a promover a crescente incorporação de

³⁶⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C**, ano 25, n. 55, p. página inicial-página final, jan./ mar. 2014. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/96/737>>. Acesso em: 12 set. 2022.

³⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Livro Eletrônico.

usuários à sua fruição, suprindo, caso necessário, a demanda daqueles que, “pela simples aplicação da racionalidade econômica”, seriam excluídos de seu acesso.³⁷⁰

O mandamento de universalização tem assim claro “viés distributivista” e, à luz da ordem constitucional de 1988, é conformado pelos objetivos de diminuição das desigualdades regionais e sociais.³⁷¹

O que se entende então por universalização? Precisa é a conceituação de Coutinho e Faraco para quem universalização significa tornar acessível, geralmente sob o regime de serviço público, a toda a população, determinados serviços ou utilidades sem as barreiras decorrentes de obstáculos de natureza econômicas, geográficas ou culturais. Envolve suportar a ampliação mesmo quando os custos do oferecimento dos serviços não encontrem cobertura “das receitas que os usuários poderiam suportar”.³⁷²

Se em certas situações o mandamento de universalização deve suplantar a lógica de mercado, é fato que uma política pública pautada pela universalização de determinado serviço público essencial encontra igualmente justificativas de ordem econômica.

É que a universalização gera externalidades positivas, que no caso do saneamento básico, vão desde a diminuição de gastos com saúde a melhorias de condições sócios-ambientais que repercutem na produtividade do trabalho. A universalização estabelece ainda um saldo positivo entre investimento em infraestrutura, crescimento e desenvolvimento econômico, fatores que se bem encaminhados se retroalimentam. Ela enseja, por fim, efeitos redistributivos como política compensatória ou de transferência de renda, que tem grande relevância em países em desenvolvimento e marcado por grande desigualdade de renda como o Brasil.³⁷³

Dito isto, cabe agora discorrer sobre o desenho da política pública de universalização no Novo Marco do saneamento para descortinar como ela pretende universalizar esse direito fundamental e quais as implicações regulatórias dessas medidas.

³⁷⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "telefone social". **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, ano 19, n. 14, abr./ jun. 2006. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/20790/32410>. Acesso em: 12 set. 2022

³⁷¹ Ibid.

³⁷² COUTINHO, Diogo R. e FARACO, Alexandre D. **A Universalização dos Serviços Regulados**. In PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e VELERIM PINHEIRO, Luis Filipe (coords.). *Direito da Infraestrutura*: São Paulo, Saraiva, 2017. V.2, Série GVlaw. p. 299-300

³⁷³ Trouxemos para a temática do saneamento esses fatores, como justificativa econômica, para ações estatais que visem à universalização de serviços públicos regulados, conforme destacados no estudo de: COUTINHO, Diogo R. e FARACO, Alexandre D., op. cit.

Pois bem, a universalização está referida legalmente como ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico.³⁷⁴ A universalização perpassa assim vários dispositivos do NMLSB.

Houve condicionamento dos contratos, aditivos e renovações à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, com observância das metas de atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) com coleta e tratamento de esgotos.

Alçou a existência das metas e do cronograma de universalização à condição de validade dos contratos, que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico.

A fixação de metas é premissa indeclinável para efetividade da política pública em matéria de direitos fundamentais, porque só a partir da sua imposição clara e objetiva e com possibilidade de monitoramento é que será possível saber “se o direito fundamental em questão está ou não sendo promovido, protegido ou respeitado”.³⁷⁵

Nessa perspectiva as normas de referência regulatória nacionais, a serem instituídas pela ANA no desempenho de suas atribuições como órgão regulador central do setor, deverão se ocupar das metas de universalização. As normas de referência fixarão diretrizes para a universalização e conteúdo mínimo para a prestação universalizada. Deverão tratar também do próprio monitoramento e avaliação do cumprimento das metas de universalização.

A verificação deverá ocorrer anualmente, observando-se um intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três), e a primeira fiscalização deverá ser efetivada apenas ao término do quinto ano de vigência do contrato³⁷⁶.

Há quem extraia do enunciado um enfraquecimento da obrigação de fiscalizar pela referência à “primeira fiscalização” apenas ao término do quinto ano³⁷⁷. O significado do enunciado, todavia, não parece levar a essa conclusão, quando lido sistematicamente.

É que no próprio dispositivo se menciona a “verificação anual”. A avaliação periódica dos serviços públicos é uma garantia constitucional do art. 37, § 3º da CF88. Ademais, em caso de concessão, a fiscalização do contrato ocorre em seu conjunto e não é compatível com a

³⁷⁴ Lei 11.445/2007, art. 3º, III.

³⁷⁵ DE BARCELLOS, Ana Paula. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 251-265, 2018.

³⁷⁶ Art. 11-B, § 5º da Lei 14. 026/ 2020 (NMLSB).

³⁷⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito do Saneamento Básico**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 84.

delegação dos serviços excluir do poder-dever de fiscalização do concedente um caráter essencial da delegação, que são as metas de universalização impostas legalmente e dispostas em contrato.

A questão da fixação de metas de universalização é central no redesenho da política pública de saneamento básico e reclama uma reflexão sobre “um dever de monitoramento no sentido jurídico-constitucional”. Porque, para além da preocupação sobre a normatividade do direito constitucional, há muito objeto de atenção dos constitucionalistas, o compromisso constitucional com a implementação de direitos fundamentais “tem uma dimensão de realidade”³⁷⁸.

O direito constitucional é chamado então a se ocupar do “percurso entre a norma e seu eventual impacto na realidade”, porque esse trajeto não é impassível ao direito. O monitoramento e as informações são vitais para a própria promoção dos direitos fundamentais, daí ser possível extrair um “dever jurídico-constitucional de monitoramento de políticas públicas”³⁷⁹, que afasta interpretação restritiva nesse campo.

O que a regra parece prescrever, nessa trilha, é uma organização do procedimento formal de instauração de monitoramento e avaliação da universalização, considerando os espaços temporais de ampliação dos serviços, que demandam pesados investimentos e estruturas em rede, em contratos de concessões de logo prazo. Não pretende, e nem poderia fazê-lo, bloquear a fiscalização regular e periódica caso evidenciada justificativa razoável para tanto.

De outro lado, há previsão de antecipação das metas de universalização caso as receitas advindas da prestação eficiente do serviço a tornem possível, nos termos da estrutura regulamentar incidente.

Em geral a viabilidade de implementação da universalidade de determinado serviço público essencial é possibilitada pela imposição do encargo de investimento e pela articulação de uma política tarifária, em todo caso, com respeito aos direitos econômicos e financeiros do prestador.³⁸⁰

A participação do concessionário no ônus econômico da universalização encontra limites, não sendo possível fazê-lo absorver custos fora das condições da proposta e que enseje a quebra do equilíbrio econômico-financeiro. O concessionário é naturalmente atraído pela face econômica da prestação dos serviços e as garantias legais desse legítimo interesse devem ser observadas.

³⁷⁸ DE BARCELLOS, Ana Paula., op. cit.

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "telefone social". **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, ano 19, n. 14, abr./ jun. 2006. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/20790/32410>. Acesso em: 12 set. 2022

O ônus financeiro da ampliação dos serviços quando sua prestação se dava sob o encargo de estatais era historicamente sustentado por “quatro mecanismos básicos: a) a via tributária; b) o endividamento público (interno ou externo); c) a geração de pressão inflacionária via aumento da base monetária e d) a elevação de tarifas.” Menos por esse último instrumento, mas de alguma forma esse encargo recaía sobre toda a sociedade.

A abertura da exploração desses serviços ao setor privado, com introdução da concorrência pelo mercado, tem a pretensão de alterar essa equação, porque implica maior transparência e previsibilidade quanto a viabilidade econômica-financeira apta a tornar realidade as metas de universalização fixadas legalmente.

Nesse sentido, a nova estrutura jurídica da política pública de saneamento, sem prescindir de uma política tarifária e de fomento por quem detém o “senhorio da atividade”³⁸¹ estruturou-se com suporte na sustentabilidade econômico-financeira e na prestação regionalizada como principais meios para viabilizar a universalização.³⁸²

Todos os contratos, inclusive aqueles já em vigor, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a possibilitar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033. A inclusão dessas metas e a comprovação da capacidade de executá-las deveriam ser comprovadas até 31 de março de 2022. Os contratos em curso que não cumprirem a obrigação estão sujeitos a sanções, com possibilidade até de declaração de caducidade da avença, conforme art. 11-B, § 1º c/c § 7º do NMLSB.

Somente quando os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da tempestiva universalização, mesmo após o ajuntamento de Municípios de portes diversos, é que ficará permitida a dilação do prazo para as metas de universalização, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040.

Exige-se ainda anuência prévia da Agência reguladora para a predita dilação, que, sob a análise do agente regulador deverá observar, nas medidas destinadas a superar as eventuais dificuldades econômico-financeira, o princípio da modicidade tarifária. Incumbe, de todo modo, à Agência reguladora competente observar o cumprimento das metas de universalização e de maior eficiência do abastecimento (redução de perdas e melhoria dos processos de tratamento).

³⁸¹ BRITTO, Carlos Ayres. A privatização das empresas estatais à luz da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 12, p. 125-133, 1995.

³⁸² GUZELA, Rafaella Peçanha. **A busca pela universalização: prestação regionalizada, por quê?**. In: RIOS, Veronica Sánchez da Cruz (coord.). *Novo Marco Legal do Saneamento Básico: por quem fez*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 167-184.

Modificações no eixo de uma política pública tão complexa não é tarefa simples. Demanda coordenação interfederativa e construção de arranjos jurídicos institucionais articulados que, muitas vezes, requerem tempo e maturação institucional. Construir bons projetos de concessão atrelados a arranjos regionais viáveis econômica e socialmente e que possam ser conduzidos em boa governança não é algo trivial.

De todo modo, não se desconhece o forte compromisso imposto em torno de uma maior eficácia do direito fundamental ao saneamento básico, cuja implementação traz benefícios que justificam toda essa articulação em torno da universalização da política pública de saneamento.

A universalização do saneamento básico, ademais, deve ser encarada “como problema de desenvolvimento urbano” articulando-se com a política habitacional para, inclusive, promover-se a regularização fundiária, porque a carência de saneamento ocorre notadamente pela “ocupação irregular do solo”.³⁸³ A articulação com as políticas de desenvolvimento urbano, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação é princípio fundamental da prestação dos serviços de saneamento, conforme o novo marco.³⁸⁴

Trata-se, ademais, de princípio setorial que decorre da própria Constituição Federal que coloca erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais da República, direcionando a política pública para a efetivação da universalização desses serviços prioritariamente nesses ambientes mais degradados.

Esse compromisso deve contar com ações públicas e não deve ser deixado à lógica privada nos casos de concessão, cabendo à regulação do setor “conciliar o objetivo de lucro com o da universalização efetiva”. A população mais vulnerável, portanto, deve ser alcançada por metas de universalização que façam chegar os serviços “em locais específicos, sem que a empresa privada possa, por si, definir os rumos da política pública”³⁸⁵.

A regulação terá assim, dentre outras, essa tarefa essencial. E ela foi estruturada com instrumentos para tanto. Melhor coordenação regulatória que evita desde a insegurança jurídica, pela dispersão de normas, até uma maior capacidade de identificar fenômenos como o da captura.

³⁸³ PINTO, Victor Carvalho. **O saneamento básico como componente do desenvolvimento urbano**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coords). *O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

³⁸⁴ Art. 2º, VI, da Lei 11.445/2007 com redação pela Lei nº 14.026, de 2020.

³⁸⁵ BELANGERO, Juliana Santoro e SERRANO, Mônica Almeida Magalhães. **Direito fundamental ao saneamento básico, pobreza e Lei 14.026/2020: mudanças em prol da universalização?** In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (Coords.). *O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

A maior uniformidade normativa contribui ainda para a higidez contratual que, por sua vez, funciona igualmente como um dos instrumentos de regulação que o NMLSB fez acompanhar de importante medida de prevenção contra o descumprimento contratual, em razão da instituição da sanção que proíbe a distribuição de lucros e dividendos pelo prestador dos serviços que estiver inadimplente com as metas e o cronograma de universalização.

A possibilidade de maior abertura ao setor privado veio, portanto, acompanhada de mecanismos legais compatíveis com o âmbito de garantia da efetividade do saneamento como direito fundamental social, que assim deve contar com o compromisso e a conjugação de esforços públicos e privados para sua implementação universal.

Contudo, é fundamental garantir base institucional que “possa dar suporte ao ciclo das políticas públicas, em lógica democrática e avessa aos propósitos de manipulação e cooptação”³⁸⁶ que ainda são muito presentes nas relações que envolvem a federação, bem como no fluxo de interesses público e privado no Brasil.

5 O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO NA BERLINDA JUDICIAL.

A enredada teia de competências que envolve o saneamento, se é a face mais explícita do federalismo de cooperação, é também a que se apresenta com maior potencial de conflito interfederativo. Porque, “toda organização federativa envolve um complexo problema de composição e harmonização de interesses nacionais e locais”³⁸⁷.

Procuraremos nesse capítulo abordar duas perspectivas da judicialização. Ambas enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal. Uma, sob o aspecto do controle objetivo geral sobre o NMLSB e, outra, envolvendo um conflito interfederativo específico, em torno da Região Metropolitana de Maceió - RMM. Os posicionamentos da Suprema Corte, nos dois casos, reafirmam, de algum modo, as linhas argumentativas aqui adotadas e indicam balizas importantes para compreensão e efetividade das recentes prescrições normativas setoriais.

³⁸⁶ ANASTASIA, Antônio Augusto Junho e PIRES, Maria Coeli Simões. **O papel do federalismo na execução das políticas públicas: impactos na distribuição de receita pública e nas responsabilidades dos entes federados**. In: MENDES, G. F.; PAIVA, P. Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

³⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer versando sobre a minuta do anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico**. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2022.

5.1 O STF e a nova estruturação jurídica da política pública de saneamento básico.

O Novo Marco do saneamento básico foi objeto de ações diretas de inconstitucionalidade interpostas por partido político e reunidas para julgamento conjunto pelo STF³⁸⁸.

As ações, em síntese, procuraram, com pedido de medida cautelar, obter a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 3º, 5º, 7º, 11 e 13 da Lei nº 14.026/2020, que promoveram as alterações mais significativas na LNSB, incluindo a maior abertura ao setor privado e a inserção da concorrência, pelo mercado, com incentivos ao modelo de concessão; o papel centralizador da União, através da ANA, na uniformidade regulatória; e a diretriz de regionalização, com a instituição de novos arranjos, como a unidade regional de saneamento e o bloco de referência.

Não comporta aqui uma análise pormenorizada dessa demanda, porque esse texto não é sobre a judicialização do NMLSB, mas interessa trazer alguns aspectos do posicionamento do STF no enfrentamento da questão pela natural repercussão no presente estudo, notadamente porque a temática federativa perpassa essencialmente a decisão do Supremo.

O caso, envolvendo política pública tão sensível num cenário de pandemia, obteve pronta resposta do STF, que negou a liminar contra as inovações legais em decisão monocrática que não encontrou, *prima facie*, violação da Constituição pela maneira em que a política pública foi juridicamente estruturada.³⁸⁹

Em um juízo de cognição sumária, próprio das liminares, valendo-se de argumento conciso, afirmou-se que outros valores constitucionais do federalismo cooperativo atual não autorizariam enxergar a autonomia municipal como um bloqueio aos arranjos voltados ao desempenho mais eficaz das funções públicas de interesse comum.³⁹⁰

Essa decisão inicial foi um importante indicativo da juridicidade do NMLSB e especialmente dos arranjos institucionais que ele veiculou na tentativa de criar condições de avanço no setor, em busca da universalização dos serviços.

³⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6492/DF, Processos Apensados ADI 6882 ADI 6583 ADI 6536. Partido Democrático Trabalhista. Presidente da República e Congresso Nacional. Min. Relator Luiz Fux. **Acórdão. Plenário. DJE**, 25 mai. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15351391086&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2022.

³⁸⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6492/DF, Processos Apensados ADI 6882 ADI 6583 ADI 6536. Partido Democrático Trabalhista. Presidente da República e Congresso Nacional. Min. Relator Luiz Fux. **Decisão. DJE**, 05 ago. 2022. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15343910113&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

³⁹⁰ Ibid.

A liminar foi indeferida em 03 de outubro de 2020 e, pouco mais de seis meses depois, em 02 de dezembro de 2021, o plenário do Tribunal, por maioria, julgou o mérito das ações diretas de inconstitucionalidades pela improcedência dos pedidos, nos termos do voto do Min. Luiz Fux (Presidente e Relator).

O acórdão transitou em julgado em 02 de junho de 2022. A linha do tempo do julgamento demonstra que a temática foi enfrentada e decidida em menos de 2 (dois) anos. E cabe ressaltar esse aspecto da resposta judicial, porque o STF, em tempo razoável, afastou incertezas quanto à compatibilidade constitucional da reformulação jurídica da política pública de saneamento, cuja morosidade da prestação jurisdicional poderia, mais uma vez, mergulhar o setor num ambiente de insegurança jurídica e paralisia.

A análise do acórdão será, nos limites da nossa abordagem, segmentada em dois aspectos. Traremos inicialmente dos pontos nele veiculados que revelam uma postura explícita de autocontenção judicial diante da reformulação da política pública. Em seguida, faremos um apanhando dos pilares do julgado relativos à constitucionalidade da nova estruturação jurídica setorial.

Pois bem, o julgado contou com a participação de 10 (dez) Ministros da Corte. Apanhamos menção expressa ao dever de autocontenção judicial em 6 (seis) dos votos que compõem o acórdão, embora o Min. Relator e então Presidente Luiz Fux, ele próprio, não o tenha mencionado.³⁹¹

Nesse ponto, a abordagem merece destaque em dois aspectos. Primeiro, na ressalva quanto ao respeito à legítima opção política na consecução do projeto normativo. No segundo, quanto à impossibilidade de uma aferição em abstrato, que alcance as várias perspectivas “de aplicação in concreto do diploma jurídico subjacente, seja pela elevada expertise técnica que a matéria demanda, seja pela natural incapacidade de antecipação das transformações possíveis”³⁹².

O que não significou que o judiciário estivesse bloqueado para realizar eventual sindicância judicial sobre o mérito dessas medidas, até pelo papel contramajoritário que desempenha. Contudo, foi registrado que nessa aferição abstrata da formulação da política pública há de

³⁹¹ Expressaram, de algum modo, referência à autocontenção os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques, conforme: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6492/DF, Processos Apensados ADI 6882 ADI 6583 ADI 6536. Partido Democrático Trabalhista. Presidente da República e Congresso Nacional. Min. Relator Luiz Fux. **Acórdão. Plenário. DJE**, 25 mai. 2022. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351391086&ext=.pdf> >. Acesso em: 23 set. 2022.

³⁹² MENDES, Gilmar. Voto. *Ibid.*, p. 307.

existir um “reforço da necessidade de respeito às opções políticas tomadas pelo Congresso Nacional”.³⁹³

No desdobramento das diretrizes normativas em função da implementação da política pública e da problematização daí decorrente amplia-se a possibilidade de resposta judicial. Nesse sentido, enfatizou-se que “isso se vai discutir na aplicação e na execução das funções postas por esta lei”, se e quando problematizado³⁹⁴.

Em suma, a Suprema Corte parece ter levado em conta que, diferente de uma revisão judicial voltada para atos de implantação e execução de uma política pública, em que cabível aceitar uma atuação judicial mais incisiva, especialmente nas situações de omissão, o controle no âmbito da eleição de arranjos políticos-institucionais comporta moderação.³⁹⁵

No caso do NMLSB e, mais especificamente dos arranjos jurídico institucionais nele previstos, o STF aparenta ter considerado que pode ser “perigosa a tônica preponderante do controle, que tende a tornar mais robusto o não-fazer do que o fazer do poder público.”³⁹⁶

Exposto esse primeiro aspecto do julgado avançaremos sobre os eixos principais no enfrentamento do mérito. Nesse passo, observa-se que algumas premissas teóricas se fizeram presente, perpassando os diversos votos que conduziram ao resultado do julgado.

Uma premissa inicial considerada foi a de que a CF88 não designou o serviço público essencial de saneamento básico como competência de instância federativa única. Planejamento e execução são regidos por “fundamentos constitucionais de competência distintos” e essa plasticidade da disciplina seria então “compatível com os traços multissetoriais do saneamento.”³⁹⁷

A compreensão de que o setor de saneamento básico envolve aspectos complexos do ponto de vista alocativo, ora como função pública, ora como ativo econômico de infraestrutura, também foi bastante considerado como material argumentativo no acórdão.

Repercutiu fortemente nos votos a realidade brasileira de baixa eficácia do direito fundamental ao saneamento básico e a estagnação do setor ao abrigo da então estrutura de prestação

³⁹³ MORAES, Alexandre. Voto. *Ibid.*, p. 169.

³⁹⁴ LÚCIA, Carmen. Voto. *Ibid.*, p. 363.

³⁹⁵ KRELL, Andreas J. **Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos: O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas.** In: FEITOSA, Enoque et alii (Org). *O judiciário e o discurso dos Direitos Humanos*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012, v.2, p. 135-179.

³⁹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo Direito Público FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62501>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

³⁹⁷ FUX, Luiz. Voto. *Ibid.*, p. 19-24.

de serviços. Esses dados da realidade foram contrastados com os objetivos de universalização fixados objetivamente pelo Novo Marco na maioria dos votos.

Os arranjos institucionais de prestação regionalizada foram, à unanimidade, considerados compatíveis com o desenho da Federação brasileira e sua feição cooperativa (art. 241 da CF88). Encontrou-se no texto constitucional suporte a uma “convivência do regime de titularidade local com o regime de competências comuns dos entes federativos para a promoção dos programas de saneamento básico”³⁹⁸. Levou-se em conta a perspectiva de que “os limites de interesse exclusivo dos municípios são extrapolados, justificando-se a participação de outros entes federados”³⁹⁹.

Os arranjos regionais e as modalidades de prestação regionalizadas estariam assim direcionadas ao objetivo de universalização mediante amparo do federalismo de cooperação. Com efeito, o “federalismo torna-se, por conseguinte, um instrumento de descentralização, não para simplesmente distribuir poder político, mas para realizar direitos fundamentais.”⁴⁰⁰

Apresentada as linhas gerais que conduziram à formação do acórdão, cabe, a partir do voto do Min. Edson Fachin, que inaugurou a parcial divergência e foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, expor o enfrentamento dessas divergências e o desfecho delas no julgado.

A divergência ocorreu em quatro questões essenciais do Novo Marco: 1) considera ter ocorrido violação à autonomia municipal em razão da imposição da forma de prestação do serviço público aos entes subnacionais; 2) suposta violação “pela compulsoriedade fática” das normativas regulatórias da ANA, cuja observância seria condição para acesso a recursos da União ou de suas entidades; 3) possível inconstitucionalidade pela “alteração de regras de contratos em vigor por legislação editada por ente distinto daquele que promoveu, no seu âmbito de competência, a contratação pública”; 4) por fim, alegado confronto com a constituição quanto à possibilidade de subdelegação de contratos de programa.⁴⁰¹

A primeira questão, diz fundamentalmente sobre a exclusão do contrato de programa, sem licitação, para a execução dos serviços públicos de saneamento básico por ente diverso do titular do serviço.

³⁹⁸ MENDES, Gilmar. Voto. *Ibid.*, p. 272.

³⁹⁹ LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto em parte vencido. *Ibid.*, p. 426.

⁴⁰⁰ FACHIN, Edson, Voto em parte vencido. *Ibid.*, p.184.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 175.

Ocorre que essa medida, nas considerações do Min. Relator Luiz Fux, “representa uma afetação proporcional à autonomia negocial dos municípios,” em busca da consecução de objetivos legítimos no setor. Essa proibição estaria ainda combinada com a “opção legislativa pela delegação sob o modelo de concessão,” que, confere outra dinâmica de atuação em busca das metas de universalização⁴⁰².

No particular, o Min. Gilmar Mendes, considerou que essa limitação aos contratos de programa constitui o “grande ponto de virada do modelo regulatório instaurado pela Lei 14.026, de 2020 e a razão para tanto é justamente viabilizar a concorrência na celebração de novas formas de delegação administrativa”.⁴⁰³

Não seria razoável concluir que tal alteração legislativa viole o art. 241 da CF, “pois o referido dispositivo não constitucionaliza um específico regime de exploração de serviços públicos”. Ademais, o regime do contrato de programa sem licitação fora “previsto na Lei 11.107/2005, mas não consta do art. 241 da CF. Legítimo, portanto, que o legislador ordinário, que editou a previsão, possa restringi-la”⁴⁰⁴.

Observou-se que justamente nos contratos de programa é que os municípios acabam desatendendo a eficiência exigida. “A permanência deles impediria a sequência da lei”⁴⁰⁵. As alterações instituídas “melhor cumprem o art. 175 da Constituição, além de se justificarem pelos objetivos de aumento da eficiência na prestação dos serviços e de atração de novos investimentos ao setor”⁴⁰⁶. Por fim, a despeito das modificações, a realização dos serviços de saneamento de forma direta pelo titular e por gestão associada continuariam autorizadas.

A segunda questão, referente à compulsoriedade fática em relação às normas de referência regulatórias da ANA, cuja observância seria condição para acesso a recursos federais, é igualmente suplantada pelos votos vencedores.

O argumento comum da maioria foi de que não existe ofensa ao princípio federativo em decorrência da nova redação do art. 50 da Lei 11.445/2007, a qual determina os requisitos de conformidade regulatória esperados dos entes subnacionais para que façam jus às transferências, onerosas e não onerosas, provenientes da União. Caracterizariam então “mecanismo de *compliance* e o condicionamento da destinação de recursos federais via transferências voluntárias” que pode ocorrer até mesmo por “pactuação contratual”.⁴⁰⁷

⁴⁰²FUX, Luiz, Voto. Ibid., p. 38.

⁴⁰³MENDES, Gilmar. Voto. Ibid., p. 302.

⁴⁰⁴MORAES, Alexandre. Voto. Ibid., p. 161.

⁴⁰⁵LÚCIA, Carmen. Voto. Ibid., p. 362.

⁴⁰⁶BARROSO, Roberto. Voto. Ibid., p. 313.

⁴⁰⁷FUX, Luiz. Voto. Ibid., p. 40.

A União não pode reter verbas que “constitucionalmente devam ser transferidas aos municípios”, porque o condicionamento “só se aplica às transferências voluntárias, e não às constitucionalmente obrigatórias”⁴⁰⁸. Esse modelo de financiamento complementar é considerado então uma das bases do federalismo cooperativo brasileiro.

Restou considerado que o figurino desenhado “afasta-se da lógica tradicional de regulação por estratégias de comando e controle e se amolda à lógica de regulação por incentivos”⁴⁰⁹. Entendeu-se que houve o objetivo de articular um “ambiente regulatório policêntrico”⁴¹⁰ em que a ANA atuaria como “um *hub* de produção normativa e de acompanhamento diuturno da qualidade regulatória” das agências subnacionais.⁴¹¹

A terceira questão, diz respeito às alterações nos contratos de programa em vigor. O voto que conduziu a divergência compreendeu que novas exigências para a manutenção dos atuais contratos de programa por legislação federal, de forma compulsória e sem a previsão de concordância do titular do serviço público, violaria o pacto federativo e o ato jurídico perfeito.

Propugnou então “uma interpretação conforme à constituição” para que as inovações sobre os contratos em vigor somente sejam válidas “se pactuadas entre o poder concedente e a empresa prestadora do serviço”.⁴¹²

O encaminhamento da questão foi rechaçado pela maioria com suporte na visão convergente de que inovar condições regulamentares em contratos de longo prazo fazem parte, do direito administrativo regulador, especialmente quando previstas regras de transição e se resguarde o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse sentido, a Lei 14.026/2020 teria trazido “regras que harmonizam o (futuro) desuso do instituto com a proteção das expectativas dos contratantes e com a continuidade dos serviços.”⁴¹³

Em relação aos contratos em curso, pontuou-se, contudo, que a lei estabeleceu “a indenização de investimentos não amortizados (art. 10-A, III, e art. 42, § 5º), a continuidade dos contratos de programa em vigor, quando válidos, até o seu termo final”⁴¹⁴

Compreendeu-se que não seria algo estranho ao direito público e ao regime de concessões de serviços essenciais de longo prazo a possibilidade de alterações do contrato para maior

⁴⁰⁸ BARROSO, Roberto. Voto. *Ibid.*, p. 316.

⁴⁰⁹ MENDES, Gilmar. Voto. *Ibid.*, p. 291.

⁴¹⁰ FUX, Luiz. Voto. *Ibid.*, p. 40.

⁴¹¹ MENDES, Gilmar. Voto. *Ibid.*, p. 294.

⁴¹² FACHIN, Edson. Voto em parte vencido. *Ibid.*, p. 233.

⁴¹³ FUX, Luiz. Voto. *Ibid.*, p. 42.

⁴¹⁴ MORAES, Alexandre. Voto. *Ibid.*, p.162.

conformidade e melhor adaptação às transformações sociais e econômicas que circundam a execução da atividade delegada.

No âmago da questão, na visão do Min. Gilmar Mendes, estaria um fenômeno representativo da relação paradoxal que se estabelece entre dois modelos que nos influencia. “a adoção de um modelo norte-americano de Estado Regulador” e “a manutenção de institutos tradicionais do Direito Administrativo ainda arraigados na tradição latina de serviço público”.⁴¹⁵

Por fim, a quarta questão suscitada pela divergência refere-se ao entendimento que conferiu interpretação conforme para afastar a subdelegação dos objetos de contrato de programa. Nesse ponto, utilizou-se basicamente a mesma argumentação que sustentou a limitação à figura jurídica principal (o contrato de programa) e o novo regime setorial imposto à sua utilização.

Da descrição e análise do julgado percebe-se que o STF concluiu por prestigiar a política pública formulada e decidida no nível mais alto da esfera executiva de governo e que contou com o escrutínio e a aprovação do legislativo federal para alcance dos objetivos propostos. Além disso extraiu do federalismo de cooperação fundamentos constitucionais suficientes para afastar os principais questionamentos contra a reformulação da política pública de saneamento.

O reconhecimento da higidez constitucional do Novo Marco pelo STF significa um passo importante quanto à segurança jurídica, tão necessária para a tentativa de desenvolvimento do setor e implantação das metas de universalização. Contudo, os desafios dos novos arranjos permanecem e, em alguns casos, já apresentam repercussão judicial concreta, como demonstraremos com a situação da Região Metropolitana de Maceió - RMM.

5.2 O arranjo jurídico institucional da Região Metropolitana de Maceió/AL no STF e a fixação judicial de critérios negativos paradigmáticos para a governança regional.

O saneamento básico em Alagoas seguia o padrão de prestação de serviços via Companhia Estadual de Saneamento Básico - CESB, nos moldes do antigo Planasa. No caso, a Companhia Estadual de Saneamento Básico de Alagoas - CASAL, mediante contrato de programa com os Municípios, sem licitação, prestava os serviços para a maioria dos entes federados locais do Estado.

Esse modelo não trouxe a universalização do saneamento no Estado de Alagoas que possui péssimos índices de alcance dos serviços. Dados de 2020, do Sistema Nacional de In-

⁴¹⁵ MENDES, Gilmar. Voto. Ibid., p. 306.

formações sobre Saneamento (SNIS), demonstram que dos 3,3 milhões de moradores do Estado, 76,3% possuem acesso à rede de água, 22,9% habitam em residências com rede de coleta de esgoto, mas apenas 17,2% do volume de esgoto gerado é tratado. As redes funcionam ainda com perda de 34%, revelando grande ineficiência dos sistemas de distribuição em operação⁴¹⁶.

A perspectiva de avanço com esse modelo encontrava obstáculo ainda na ausência de capacidade de investimento da Companhia Estadual, devido à sua deficiência financeira. O passivo da CASAL em 2015 chegou próximo de R\$ 1 bilhão de reais e com categorizações diversas: dívidas fiscais, trabalhistas e contratuais - só com a Eletrobrás/Equatorial o montante do débito chegou a R\$ 252 milhões de reais. Há informação de redução desse passivo, que em 2021 teria encolhido para aproximadamente meio bilhão de reais. Embora a referência de que a Companhia vem atualmente operando com superavit, o cenário econômico-financeiro como um todo não se mostra promissor para universalização dos serviços.⁴¹⁷

O Estado de Alagoas, em parceria com o BNDES, estruturou então uma modelagem de concessão mediante a instituição da Região Metropolitana de Maceió – RMM. Nesse arranjo, a CASAL continua operando, contudo, apenas na captação, no tratamento e na adução de água para o fornecimento ao concessionário privado, vencedor da licitação da área concedida. Este, por sua vez, passa a ser o responsável pelo serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário ao usuário final daquela área concedida. Adotou-se o modelo conhecido como “*unbundled*” ou modelo segregado.⁴¹⁸

Nesse arranjo institucional da RMM, o Estado recebeu, por convênio de cooperação, a atribuição de parte contratante da concessão, bem como foi delegada à Agência Estadual a competência regulatória e fiscalizatória dos serviços. Com efeito, embora o modelo adote a titularidade compartilhada, na prática, mediante gestão associada “por meio de deliberação e assinatura de convênio de cooperação, atribuiu ao Estado de Alagoas a função de poder concedente dos serviços de interesse comum”⁴¹⁹

⁴¹⁶ BRASIL, Trata. Instituto Trata Brasil. Situação do saneamento básico no país e nas 27 unidades da federação. Disponível em: <<https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/08/alagoas-2022.pdf>>. Acesso em: 30 de set. 2022.

⁴¹⁷ Dados extraídos de informações veiculadas pela própria Companhia. CASAL, Companhia de Saneamento Básico de Alagoas. 2021. Disponível em: <<https://www.casal.al.gov.br/2021/06/casal-reduz-passivo-pela-metade-segue-sem-reajuste-de-tarifa-ha-dois-anos/>>. Acesso em 16 de set. 22.

⁴¹⁸ Vale mencionar que este modelo “vem sendo defendido em modelagens recentes pelo BNDES, inclusive para os municípios do Rio de Janeiro atualmente atendidos pela companhia estadual CEDAE”, conforme destaca ENEI, José Virgílio Lopes. **A Hora e a Vez do Setor Privado: Modelagem de Privatizações e Concessões no Setor de Saneamento**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

⁴¹⁹ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho e DE ROLT, Amanda Pauli. **Regionalização, Cooperação e Estruturas de Governança Interfederativa No Novo Marco Legal do Saneamento Básico**. In: CUNHA FILHO, Alexandre

A concessão estruturada da RMM foi oferecida ao mercado privado mediante leilão pelo critério de maior valor da outorga. O valor mínimo de outorga a ser ofertado pelo licitante, pela concessão com prazo de 35 anos, foi estabelecido pelo edital em R\$ 15.125.000,00 (quinze milhões, cento e vinte e cinco mil reais). Sagrou-se vencedora a empresa BRK Ambiental Participações S.A., cujo lance vencedor foi de R\$ 2 bilhões de reais. Em segundo lugar na concorrência ficou o consórcio Jangada, formado por Iguá Saneamento e Sabesp, que ofereceu uma outorga de R\$ 1,48 bilhão.

O elevado ágio da oferta certamente tem suporte em estudos econômico-financeiros que, para o longo período de concessão, estimaram um faturamento bruto de R\$ 26,7 bilhões de reais com contrapartida de dispêndios na ordem de R\$13 bilhões em custos de operação e manutenção e R\$0,7 bilhão em despesas comerciais e administrativas.⁴²⁰

O objeto restou homologado e adjudicado em 20 de outubro de 2020, encontrando-se a empresa já em operação no Estado. O ponto nodal desse caso, que trazemos aqui, e que diz muito sobre a estruturação desses arranjos regionais, é justamente sobre a partilha do valor da outorga quando há titularidade compartilhada dos serviços em regiões metropolitanas.

É que, nessa concessão, o Estado de Alagoas concentrou todo o recurso da outorga, sem partilha com os municípios, bem como desvinculou os valores recebidos da destinação inicial para investimentos no próprio setor de saneamento básico. Alocando os recursos no orçamento geral do Estado, para livre disposição.

Essa questão restou judicializada no STF através da ADPF 863/Alagoas interposta por partido político com o objetivo de obter a declaração de inconstitucionalidade do sistema de normas da RMM e de atos concretos que, “em síntese, determinam o repasse integral ao Estado de Alagoas do valor da outorga decorrente de concessão do serviço público de saneamento básico a empresa privada”.⁴²¹

A ação veicula como fundamento do pedido justamente o argumento de que modelo de repasse integral ao Estado de Alagoas dos valores da operação de concessão violaria o pacto

Jorge Carneiro; et. al. (coords). O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p.305.

⁴²⁰ MACHADO, Luciene Ferreira Monteiro. **Projetos regionais de saneamento: A experiência da estruturação**. In: RIOS, Veronica Sánchez da Cruz (coord.). Novo Marco Legal do Saneamento Básico: por quem fez. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 185-209.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 863**. Partido Socialista Brasileiro. Assembleia Metropolitana da Região Metropolitana de Maceió. Governador do Estado de Alagoas, et al. Tribunal Pleno. Relator: Min. Edson Fachin. 01/07/2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6213264>>. Acesso em: 23 mai. 22.

federativo; o princípio fundamental da autonomia municipal; o direito fundamental de promoção à saúde básica, de responsabilidade dos entes municipais e a competência constitucional de titularidade dos serviços de saneamento básico aos Municípios.

No curso do processo houve deferimento parcial de tutela provisória incidental pelo Min. Rel. Edson Fachin, que determinou o bloqueio de 50% dos valores obtidos como pagamento da outorga com o contrato de concessão firmado entre o Estado de Alagoas e a BRK Ambiental S/A. Essa decisão foi submetida ao referendo do plenário, que a manteve por unanimidade. A decisão já apresenta importantes indicativos sobre a governança interfederativa das regiões metropolitanas que merecem ser descritos.

O STF reconhece, de pronto, que as discussões levadas à Corte dizem sobre a própria essência do federalismo de cooperação e de uma das modalidades de seu exercício que é a região metropolitana, de sorte que conflito em torno dela teria “alto potencial desintegrador do pacto federativo, uma vez que se opõem visões contrastantes sobre a hierarquia dos entes federados.”⁴²²

Ressalte-se que não se discute a higidez da concessão, mas apenas se, no contexto de uma Região Metropolitana, instituída na forma do art. 25, §3º da CF88, seria possível que os benefícios financeiros da concessão do serviço público de saneamento básico fossem apropriados e administrados por um único ente da federação, ainda que ele componha o regime de gestão compartilhada.

Como premissa de resolução do julgado é trazida a solução que o STF conferiu no julgamento da ADI nº 1842, aqui já tratada. Mais uma vez se reconhece que, nas regiões metropolitanas, há uma “diretiva clara no sentido de que a titularidade do serviço de saneamento básico é jungida à lógica do compartilhamento” mas não cabendo ao STF impor um modelo cerrado de governança colegiada. À Corte Suprema cabe apenas “traçar limites negativos para a instituição de Regiões Metropolitanas.”⁴²³

Com efeito, no predito julgamento da ADI nº 1842, o STF já havia atuado nesse sentido ao vedar a concentração do poder decisório em um único ente federado, ressaltando que tal proibição não implicaria imposição de decisão paritária pelos componentes da região metropolitana, como já ressaltamos.

⁴²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 863**. Partido Socialista Brasileiro. Assembleia Metropolitana da Região Metropolitana de Maceió. Governador do Estado de Alagoas, et al. **Relator: Min. Edson Fachin. Acórdão. Plenário. DJE**, 24 de jun. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15351964954&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 de set. 2022.

⁴²³ Ibid.

Desse julgado, contudo, extrai-se outro importante limite negativo que incide sobre a governança interfederativa das regiões metropolitanas. Ao lado da vedação de concentração do poder decisório, haverá, também, a proibição de que os frutos de determinada concessão metropolitana aproveitem a apenas um dos entes que a compõe. É enfático o STF quanto ao ponto:

“Não me parece possível ler o sistema constitucional do Federalismo Cooperativo sem concluir que o princípio da proibição de concentração de poder acarreta um outro, seu consectário lógico-normativo: a percepção dos frutos da empreitada metropolitana comum deve aproveitar a todos os entes-federados nela envolvidos.”⁴²⁴

Também nesse ponto a Suprema Corte não amarra a diretriz de proveito compartilhado a uma partilha paritária. Considera que “não necessitam ser divididos segundo uma regra de proporção estrita ou em parcelas iguais”⁴²⁵ e ao assim considerar age com acerto, porque essas regiões apresentam diversas configurações. Pode ser formada a partir de um município-polo, com maior peso regional. Noutros casos, as CESBs devem ser indenizadas por ter implementado as redes de execução dos serviços. Enfim, as inúmeras e diversas características desses arranjos podem demandar soluções diversas, com partilhas distintas.

Destarte, é razoável a regra negativa imposta pelo STF de, na esteira de sua posição anterior, “evitar a captura abusiva” e, dessa maneira, apenas proibir a concentração das benesses em um único ente federado, evitando adotar um modelo “pré-fixado” em deferência à construção da política pública por quem de fato está habilitado a fazê-lo, que são os entes subnacionais envolvidos.

Outra questão extremamente relevante nesse julgado é sobre a desvinculação dos recursos da outorga do setor de saneamento. Cabe indagar sobre a possibilidade de se lançar esses recursos da concessão no programa orçamentário geral dos entes beneficiados. É saber, se é possível desvincular esses recursos e aplicá-los em despesas estranhas ao complexo de atividades e infraestruturas de saneamento básico.

A decisão até aqui conhecida do STF não adentra essa questão, mas a reputamos relevante. É que o Novo Marco induz à participação privada e certamente outorgas serão concedidas mediante pagamento de significativos recursos que, se franqueados ao orçamento geral dos entes beneficiados, poderão ter destinações diversas, com perda de oportunidade de investimento no setor de saneamento, que possui grande demanda por capital para sua implantação universal.

É conhecida a precária urbanização a que está submetida boa parte da população brasileira nos grandes centros e nos rincões rurais desse extenso país. Nesse sentido, parece que há

⁴²⁴ Ibid.

⁴²⁵ Ibid.

diversas normas constitucionais que impõem uma vinculação desses recursos ao próprio setor de saneamento.

Tomando-se o direito ao saneamento básico como um direito social fundamental é consequência natural que se fomentem meios para a sua realização, notadamente meios financeiros, porque os direitos possuem custos. De outro lado, “os princípios constitucionais atinentes à supremacia dos direitos fundamentais vedam ao Estado valer-se da oportunidade da prestação de serviços de saneamento básico para captar recursos”⁴²⁶.

Nessa perspectiva, há objeções até mesmo ao critério isolado de maior valor de outorga para concessão de serviços essenciais remunerados fundamentalmente pelos usuários. Uma vez que “a cobrança pela outorga da concessão pode significar um risco à observância do princípio da modicidade das tarifas.”⁴²⁷

Porque, se é certo que o valor da outorga tem o intuito de ressarcir o ente estatal pela infraestrutura já existente ou pela rentabilidade da exploração da atividade, não se pode desprezar a repercussão desses custos na política tarifária. Daí a necessidade de que seja observado “um limite razoável de transferências desses custos à tarifa.”⁴²⁸

Assim, não parece recomendado tomar o valor da outorga como aspecto de uma mera relação contratual que confira vantagem financeira ao ente público e que este proveito esteja alheio aos objetivos que direcionam a política setorial. É preciso enxergar a própria concessão como “instrumento de implementação de certas política pública”.⁴²⁹ E estas, por sua vez, como atividades estruturadas para a realização de direitos fundamentais.

A imposição constitucional de atuação conjunta de todos os entes federais para melhoria das condições de saneamento básico exige compromisso financeiro. As arrojadas metas de universalização não dispensam os meios para sua efetivação.

Nesse sentido, mesmo em face de recursos sem destinação legal vinculada é possível o controle jurisdicional “nas hipóteses em que a omissão do Executivo, em relação à reserva do montante necessário à implementação de políticas públicas relativas aos direitos sociais, revelar-se evidente e inequívoca”⁴³⁰

⁴²⁶ Posicionamento ventilado já nas discussões que permearam a instituição da Lei 11.445/2007 em parecer do Prof. Marçal Justen Filho, op. cit.

⁴²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. **Interesse Público - IP**, ano 8, n. 40, nov./ dez. 2006. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21304/47527>>. Acesso em: 17 de set. 2022.

⁴²⁸ CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tarifa nas Concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75.

⁴²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 58.

⁴³⁰ PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos: e a discricionariedade da administração pública**. São Paulo: RCS, 2005. p. 196.

Portanto, além de vedar a concentração de recursos nas mãos de um único ente federado, que compõe a região metropolitana, ainda que a partilha possa ocorrer sem paridade na distribuição dos recursos, haveria um segundo critério negativo nesse arranjo, qual seja: a proibição de se lançar os recursos do valor da outorga da concessão no orçamento geral do Estado e dos Municípios para dispêndio estranho ao complexo de infraestrutura necessária para viabilizar a universalização do direito fundamental ao saneamento básico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A água limpa e ao esgotamento sanitário para além de serem reconhecidos no plano internacional como um direito humano e de serem essenciais para a realização de diversos outros direitos são aqui categorizados como direitos fundamentais sociais a partir do direito constitucional positivo brasileiro.

Com suporte na cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da CF88 e valendo-se do critério da equivalência podemos afirmar que o direito ao saneamento básico (água e esgotamento sanitário) configura um direito fundamental social atípico, porque, embora não previsto expressamente no catálogo do Título II da Constituição, pode ser referido a ele a partir de enunciados expressos constantes no disciplinamento da Organização do Estado e da Ordem Social da Constituição cidadã.

Não se trata de direito implícito, subsistente enquanto campo de atuação alargado do direito à saúde ou outro direito social do catálogo, mas de direito novo cuja possibilidade de emancipação decorre da cláusula de abertura. Reconhecer o direito ao saneamento básico como direito fundamental social, nesses termos, fortalece-o enquanto categoria jurídica dotada de fundamentalidade, sem desconsiderar sua integração e interdependência para a realização progressiva dos demais direitos sociais.

Aplicar o regime de fundamentalidade a esse direito significa dotá-lo de prerrogativas importantes para sua realização, como o regime de aplicação imediata, o alcance na dimensão subjetiva e objetiva, a exigibilidade e o controle judicial, bem como a vedação ao retrocesso social. Importa igualmente compreendê-lo como dotado de âmbito de proteção amplo, mas que admite restrição, porque não se trata de direito absoluto. Outros direitos constitucionais ou razões de interesse público podem ensejar restrições, mas essas próprias restrições encontram limites, como expusemos no caso da interrupção dos serviços de água e esgotamento em razão do inadimplemento do utente.

A realização concreta do direito ao saneamento básico ocorre através da formulação e implementação de uma política pública que segue para ser executada através de serviços públicos, aqui vislumbrados como instrumentos para realização de direitos fundamentais sociais.

São imensos os desafios ao desenvolvimento dos serviços de saneamento básico no Brasil. A crise fiscal e de saúde pública dos tempos atuais deram a relevância que o setor sempre demandara. A intrincada competência dos entes federados quanto à titularidade e quanto ao dever de promover melhorias em busca da universalização, aliadas as nossas deficiências enquanto federação, sempre foram obstáculos ao alcance de metas minimamente razoáveis e compatíveis com o tamanho da nossa economia.

A indefinição, por muito tempo, da disputa entre Estados e Municípios pela competência para a prestação de serviços de saneamento em regiões metropolitanas contribuiu para um ambiente permeado de incertezas no setor.

O Novo Marco, observando o posicionamento fixado pelo STF na ADI 1842-RJ, explicita a titularidade dos serviços de saneamento, conferindo maior segurança jurídica setorial. Ainda sai fortalecida a regionalização e a gestão associada que, não sem grandes desafios, torna possível o fortalecimento de uma maior integração, para além de tentar superar a dicotomia poder local x poder central, em atenção a um federalismo de cooperação.

O federalismo de cooperação da CF88 é capaz de compor a dinâmica existente entre interesse local e interesse comum. Nesse sentido, o princípio da subsidiariedade surge como importante mandamento de otimização para articulação interfederativa em busca de objetivos convergentes da política pública de saneamento básico.

Nesse caminho, a ideia da subsidiariedade foi tomada por nós a partir de sua incorporação como princípio jurídico constitucional de divisão de competências, que exige racionalização no desempenho das tarefas constitucionais dos diferentes níveis de governo. Embora não seja um fenômeno exclusivo dele, é no Estado Federal descentralizado que o princípio da subsidiariedade possui seu maior alcance. A partir da federação tridimensional brasileira e do federalismo cooperativo reforçado pelo seu art. 241 da CF88 encontramos a projeção mais nítida do princípio na nossa ordem constitucional.

No seu aspecto positivo, o princípio da subsidiariedade tem função vetorial no sentido de exigir que, diante de atuações insuficientes dos entes menores, as entidades maiores sejam solidárias e coordenem, supram, estimulem e fomentem o desempenho eficiente da competência constitucional. O princípio da subsidiariedade tem igualmente caráter relacional e está intimamente conectado com a eficiência, a ponto de ter feição ambivalente, no sentido de que, em determinadas situações, autorize medidas de maior centralização.

Os arranjos institucionais do NMLSB que autorizam uma atuação sob maior interferência e coordenação nacional e regional refletem a projeção do princípio da subsidiariedade, com vistas a superar uma visão municipalista formalmente superdimensionada, mas que na prática revelou-se inoperante para implementar a política pública de universalização dos serviços de saneamento.

O federalismo de cooperação consagrado na CF88 impõe buscar medidas de equilíbrio entre fragmentação e integração. Ademais, a federação brasileira é marcada por assimetrias de fato e a descentralização que caracteriza o Estado Federal, para que seja exitosa na implantação de políticas públicas sociais, depende de um posicionamento mais incisivo do governo central no planejamento, fomento, coordenação, regulação e fiscalização das funções descentralizadas.

Nesse sentido, a diretriz de prestação regionalizada oferece ganhos técnicos e econômicos de escala e representa um foco maior nas formas de execução conjunta dos serviços públicos de saneamento, que são marcados fortemente pelo interesse comum e fazem parte da essência do federalismo de cooperação.

Com efeito, foram introduzidos novos institutos de prestação regionalizada: a unidade regional de saneamento básico e o bloco de referência. Esses arranjos representam de fato os novos contornos da regionalização, tendo em vista que as figuras das regiões metropolitanas e assemelhadas, bem como da gestão associada (via consórcio público e convênio de cooperação) já eram conhecidas e manejadas, havendo, quanto a elas, a incidência das novas diretrizes decorrentes das alterações promovidas no setor.

Um grande desafio na instituição desses arranjos é a estruturação jurídica da governança deles. O papel uniformizador da ANA, que ganhou a competência de instituir normas nacionais de referência regulatória, pode ter função importante nas estruturas de governanças mais exitosas e menos conflituosas. A agência, contudo, deverá ter o cuidado de apresentar modelos que viabilizem a prestação regional, sem descuidar da heterogeneidade de um país continente como o Brasil. O desafio é buscar integração na diversidade. O Novo Marco não impõe modelo prefixado para o funcionamento desses arranjos. Como lei-quadro estabelece parâmetros, mas deixa espaço para a legislação de desenvolvimento pelos entes federados imbuídos da tarefa.

Há, todavia, critérios negativos que contam com entendimento consolidado no STF e que podem orientar a governança e o processo decisório multinível desses arranjos.

Não se permite a concentração de poder decisório, mas também não se exige uma gestão paritária. A autonomia municipal bloqueia a concentração do poder decisório no Estado ou em um único ente, mas não tem o alcance de impor um peso paritário na forma de decidir, sob pena

de inviabilizar a gestão eficiente no exercício das funções públicas de interesse comum regional.

Os principais eixos de alteração da política pública de saneamento foram objeto de questionamentos no STF. Tratando-se de aspectos ligados à formulação de política pública, que tenta novos arranjos a fim de efetivar direitos sociais, houve moderação do controle judicial e a Suprema Corte adotou certa deferência à política pública formulada. O STF, acertadamente, agiu com autocontenção julgando válidas as inovações setoriais.

Em outra oportunidade, o STF enfrentou uma disputa interfederativa envolvendo o desenho institucional da Região Metropolitana de Maceió. Desse julgado, extrai-se outro importante limite negativo que incide sobre a governança das regiões metropolitanas. Ao lado da vedação de concentração do poder decisório, haverá também, a proibição de que os frutos de determinada concessão metropolitana aproveitem a apenas um dos entes que a compõe.

Veda-se a concentração de benefícios nas mãos de um único ente federado, ainda que a partilha dos recursos, advinda do pagamento de outorga pela concessão, por exemplo, possa ocorrer sem paridade, com pesos distintos. Impede-se a captura unitária, mas se respeita as diversas configurações e os distintos ônus que, muitas vezes, as unidades federadas tiveram quanto à implantação e execução dos serviços no modelo anterior.

Haveria também um segundo critério negativo nesse arranjo, traduzido na proibição de se lançar os recursos do valor da outorga da concessão no orçamento geral do Estado e dos Municípios para dispêndio estranho a todo o complexo e infraestrutura do setor de saneamento básico. O regime jurídico do saneamento básico, como direito fundamental social, bloqueia ao Estado a apropriar-se de recursos dessa função pública para angariar fundos e utilizá-los livre e dispersamente no orçamento geral das entidades políticas beneficiadas.

O Novo Marco aposta num modelo de execução dos serviços por concessão via delegação administrativa mediante concorrência pelo mercado com o intuito de aumentar a eficiência e atrair investimentos. Cabe ressaltar, contudo, que o senhorio da atividade permanece público e que não se afastou a possibilidade de prestação estatal direta ou a concorrência dessas companhias pelo mercado. Neste último caso, sem privilégio e em igualdade de condições com as empresas privadas.

A maior abertura à participação privada tem suporte em evidências. Os indicadores setoriais demonstraram a incapacidade do modelo anterior de concretizar a universalização em horizonte razoável. Não implicam considerar, contudo, que toda atuação estatal direta seja indesejada ou ineficiente em si mesma. Cabe enfatizar ainda que o novo modelo deixa espaço para a conjugação de esforços público e privados. No que sinaliza para a superação da dicotomia

que os opõe. Os desafios da universalização não prescindem da possibilidade de maior eficiência e dinamismo do setor privado nem da regulação, do fomento (estruturação de projeto, financiamento, coordenação federativa) e, eventualmente, até da atuação direta, ou por parceria do setor público.

A maior abertura do setor de saneamento básico à participação privada, contudo, deve ser conduzida à luz da efetivação dos direitos fundamentais sociais envolvidos e dos custos que eles representam. Nessa perspectiva, os novos arranjos trouxeram exigências que implicam compromisso com os objetivos de universalização.

Surgem com a imposição de comprovação da capacidade econômico-financeira para alcance das metas que foram estabelecidas, com data fixa e de forma objetiva. Houve ainda o cuidado de acompanhar as prescrições com sanções que, dentre outras, podem ensejar até a proibição de distribuição de lucros e dividendos para as empresas que não atendam aos compromissos firmados na busca pela universalização.

Não se pode perder de vista, de todo modo, que os serviços públicos de saneamento básico, nas vertentes aqui focalizadas, constituem-se monopólio natural. A maior participação privada requer uma regulação prevenida contra a captura e estruturada com os mecanismos de controle social, já previstos na Lei de diretrizes. Importa então estruturar operacionalmente a ANA para que de fato cumpra o papel de órgão uniformizador da dispersão regulatória que marca o setor, sem esquecer de iguais medidas para as agências reguladoras subnacionais, que seguem com importantes tarefas normativas e fiscalizatórias.

Nesse ponto, o papel da ANA ganha relevo e sua atribuição de emitir normas nacionais de referência regulatória se destaca. A imprecisão da nomenclatura impõe marcar essa competência como de ‘proposições’ regulatórias e não normas jurídicas propriamente ditas, porque lhes falta o caráter impositivo, cogente. A observância delas está sujeita à adesão voluntária dos entes subnacionais. Não há, em relação a elas, um conseqüente sancionador. Possuem caráter compromissório apenas.

O condicionamento dos recursos federais à adesão das proposições regulatórias nacionais pelos entes federados caracteriza mecanismo de indução. Configura uma técnica de regulação por incentivo ou desincentivo. Funciona como conexão entre a regulação e a cooperação dos entes da federação brasileira. Ademais, são elas apenas um dos requisitos para habilitação aos recursos de repasse voluntário. Vistos que previstos outros, ligados a índices de desempenho, regularidade, governança, eficiência, fornecimento de informação e à própria regionalização do saneamento. Este último um dos eixos principais do novo arranjo institucional.

A legislação setorial traz a remuneração dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário como principal encargo ao usuário final. A flexibilidade das tarifas revela maior propriedade desse meio de remuneração dos serviços, se acolhido como preço regulado. O objetivo deve ser compatibilizado com a universalização, com a observância do princípio da modicidade tarifária e com o manejo de subsídios diretos e indiretos, quando necessários. Há de se compatibilizar racionalmente aspectos distributivos e econômicos em busca do interesse público.

O Estado poderá, apenas quando necessário, ser demandado supletivamente para a sustentabilidade econômica dos serviços, por meios que são concebidos com maior precisão descritiva como atividades de fomento. As subvenções e os subsídios compõem essa categoria. A utilização desses instrumentos, no entanto, demanda atenção regulatória e de controle, mercê da tradição patrimonialista ainda presente entre nós, notadamente em um cenário de maior participação privada.

O federalismo cooperativo surge para enfrentamento, com mais eficiência, de graves problemas socioeconômicos. Dotado de maior flexibilidade, quanto ao regime de competências, é marcado por uma maior solidariedade entre as esferas de governo notadamente na persecução de objetivos comuns. Procura possibilitar um planejamento mais abrangente da ação estatal mediante atividades conjuntas ou coordenadas.

Nesse sentido, perpassa fortemente as questões federativas no Brasil a necessidade de combinar as dimensões de coordenação e autonomia e os desafios em torno da implementação de políticas sociais num cenário de descentralização e assimetrias de fato entre os componentes do Estado Federal. Enquanto dever ser, as prescrições do Novo Marco na estruturação de arranjos jurídico institucionais, representam avanços compatíveis com o federalismo de cooperação da Constituição de 1988.

O Novo Marco, sem violar a autonomia municipal ou regional, estrutura a política pública de maneira mais coordenada e cooperativa. Os entes subnacionais, porém, continuam com autonomia para modelar arranjos jurídicos institucionais. Esse espaço de conformação tem no enquadramento do saneamento básico, como um direito fundamental, um elemento essencial que vincula a política pública e os objetivos que ela deve perseguir. O regime de direitos fundamentais servirá ainda como barreira contra desvios e retrocessos no percurso para a universalização e assim será determinante para o progresso setorial.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES, Alaôr Caffé. **Questões urbanas regionais: Estado, Municípios e Regiões metropolitanas no Brasil. Articulações jurídicas e conflitos institucionais**. In; MENDES, G. F.; CARNEIRO, R. A. Gestão pública e direito municipal. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. O meio ambiente urbano e a proteção ambiental. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA**. Belo Horizonte – ano 1, n. 2, mar/abr. 2022.
- ANA, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. **ANA e o saneamento, 2020**. Disponível em: <<https://www.ana.gov.br/saneamento/a-ana-e-o-saneamento/ana-e-o-saneamento>>. Acesso em: 10 de set. de 2020.
- _____. **Perguntas e respostas, ANA, 2020**. Disponível em: <<https://www.ana.gov.br/saneamento/a-ana-e-o-saneamento/perguntas-e-respostas/perguntas-respostas>>. Acesso em: 10 de set. 2020.
- ANASTASIA, Antônio Augusto Junho e PIRES, Maria Coeli Simões. **O papel do federalismo na execução das políticas públicas: impactos na distribuição de receita pública e nas responsabilidades dos entes federados**. In: MENDES, G. F.; PAIVA, P. Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.
- AQUINO, Marcelo de. **A prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico**. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). Novo marco legal do saneamento. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de; OLIVEIRA, Rafael Daudt. **Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.
- _____. Análise de Impacto Regulatório - AIR. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70676>>. Acesso em: 9 set. 2020.
- _____. **Direito dos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Livro Eletrônico.
- ARRETCHE, Marta TS. O mito da descentralização: maior democratização e eficiência das políticas públicas. **Revista brasileira de ciências sociais**, v. 11, n. 31, p. 44-66, 1996.
- _____. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. **São Paulo em perspectiva**, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004.
- ATALIBA, Geraldo. Taxas e preços no novo texto constitucional. **Revista de Direito Tributário**. Ano 13. Nº 47. Janeiro-março de 1989, p. 142-155.

_____. Subvenção municipal a empresas, como incentivos a industrialização, impropriamente designada devolução do icm. **Justitia**, v. 33, n. 72, p. 151-156, jan./mar. 1971.

BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **A Gestão do Tempo Pela Regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos**. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e VELLERIM PINHEIRO, Luis Filipe (coords.). **Direito da Infraestrutura**: São Paulo, Saraiva, 2017. V.2, Série GVlaw.

_____. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 251-265, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, agosto/setembro/outubro. 2007.

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 17, n. 62, out./dez. 2016.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 2011

BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. **A província**. Senado Federal, 1997.

BELANGERO, Juliana Santoro e SERRANO, Mônica Almeida Magalhães. **Direito fundamental ao saneamento básico, pobreza e Lei 14.026/2020: mudanças em prol da universalização?** In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coords). **O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, v. 3, n. 1, p. 13-28, 2002.

_____. **O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo**. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>> Acesso em: 29 jun. 2021.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Saneamento básico: a evolução jurídica do setor**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord). **O Novo marco regulatório do saneamento**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho e DE ROLT, Amanda Pauli. **Regionalização, Cooperação e Estruturas de Governança Interfederativa No Novo Marco Legal do Saneamento Básico**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coords). **O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35ª. Ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

BORGES, Jéssica Suruagy Amaral e VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico** In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 863**. Partido Socialista Brasileiro. Assembleia Metropolitana da Região Metropolitana de Maceió. Governador do Estado de Alagoas, et al. Relator: Min. Edson Fachin. Acórdão. Plenário. DJE, 24 de jun. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351964954&ext=.pdf>>. Acesso em: 27 de set. 2022.

_____. **ADI 1842-RJ**. Partido Trabalhista Brasileiro. Governador do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Luiz Fux. Redator Min. Gilmar Mendes. **Acórdão. Tribunal Pleno. DJE, 12 de mar. 2013**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345164532&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 de jan. 2021.

_____. ADI 1842-RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Embargos de declaração. Acórdão. Plenário. DJE**, 03 de dez. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345164532&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 de jan. de 2021.

_____. **Súmula nº 545**. Brasília, DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em 27 de set. 2022.

_____. ADI 6492/DF, Processos Apensados ADI 6882 ADI 6583 ADI 6536. Partido Democrático Trabalhista. Presidente da República e Congresso Nacional. **Min. Relator Luiz Fux. Acórdão. Plenário. DJE**, 25 mai. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351391086&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2022.

_____. ADI 6492/DF, Processos Apensados ADI 6882 ADI 6583 ADI 6536. Partido Democrático Trabalhista. Presidente da República e Congresso Nacional. **Min. Relator Luiz Fux. Decisão. DJE**, 05 ago. 2022. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343910113&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses. Corte no fornecimento de serviços públicos essenciais**. 13. ed. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/tocedicoes.jsp>>. Acesso em 27 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. **Secretaria Geral. Brasília, DF, 15 jul. 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm>. Acesso em: 1 maio 2020.

_____. Mensagem presidencial nº 396, de 15 de julho de 2020. **Casa Civil. Brasília, DF, 15 jul. 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL, Trata. Instituto Trata Brasil. **Principais Estatísticas. Fonte: Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS, 2020.** Disponível em: < <https://tratabrasil.org.br/principais-estatisticas/> >. Acesso em: 19 set. 2022.

_____. **Avanços do Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil, 2022.** Disponível em: <<https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Marco-Lega-do-Saneamento-RELEASE.pdf>> Acesso em: 7 de set. 2022.

_____. **Principais Estatísticas. Fonte: DATASUS, 2020.** Disponível em: < <https://tratabrasil.org.br/principais-estatisticas/saude/> >. Acesso em: 19 set. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a. 34 n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997

_____. **O conceito de política pública em direito. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006

_____. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo Direito Público FA,** Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62501>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

_____. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** 2ª.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. **Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas.** In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais.** São Paulo, 2017. p. 313-340. Disponível em: <https://cesmac.edu.br/admin/wp-content/uploads/2020/02/BUCCI-Arranjos_juridico-institucionais.pdf>. Acesso em: 14 de abr. 2022.

BUSTAMANTE, Maria Magalhães de. Ensaio sobre o estado da arte da regulação do setor de saneamento básico. **Interesse Público – IP,** Belo Horizonte, ano 18, n. 99, p. 191-211, set./out. 2016.

CÂMARA, Jacinto Arruda. **Tarifa nas Concessões.** São Paulo: Malheiros, 2009

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** Coimbra, 2004.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Consórcios públicos e desenvolvimento. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP,** Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 25-39, jul./set. 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. Princípios e sobreprincípios na interpretação do Direito. **Revista da FESDT,** Porto Alegre, n. 7, p. 133-148, 2011.

CAVALCANTI, Thais Novaes. O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional n. 67,** abr-jun, 2009.

COHEN, Isadora; MARCATO, Fernando S; RESENDE, Natália. **Gestão Associada da Prestação dos Serviços – o que muda com o Novo Marco Legal do Saneamento?** In: DAL

POZZO, Augusto Neves (Coord.). *O Novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

CORTI, Horacio. Normas y aparatos conceptuales: dos aspectos del derecho (a partir de la lectura de una frase de Alchourrón y Bulygin). **Isonomía**, n. 45, p. 141-188, 2016.

COUTINHO, Diogo R. e FARACO, Alexandre D. **A Universalização dos Serviços Regulados**. In PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva e VELERIM PINHEIRO, Luis Filipe (coords.). *Direito da Infraestrutura*: São Paulo, Saraiva, 2017. V.2, Série GVlaw.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil**. In: FARIA, José Eduardo; NETO, Caio Mário da Silva Pereira. *Regulação, direito e democracia*. Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

DAS CIDADES, Conselho et al. **Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB)**. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/plansab/Ver-sao_Consehos_Resoluo_Alta__Capa_Atualizada.pdf>. Acesso em: 27 de out. 2022.

DA COSTA CORREIA, Marcelo Bruto. A regulação no setor de saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. **Revista do Serviço Público**, v. 59, n. 3, p. 353-373, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. **Consórcios públicos e o marco legal do saneamento básico**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *O Novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Doutrina contemporânea do federalismo. **R. Proc. Geral do Est. São Paulo**. São Paulo n. 80 p. 1-226 jul./dez. 2014.

DE ARAUJO, Cíntia Leal Marinho; DE BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza; DE FARIAS, Diogo Mac. **A Lei 14.026/2020 e a remoção das barreiras ao investimento privado**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord). *O Novo marco regulatório do saneamento básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

DE CARVALHO, Vinícius Marques. **O direito do saneamento básico – Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento – Volume 1**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29º ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13. n.66, p 15 – 20, março/abril. 2011.

_____. Privatização e serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 22, p. 172-180, 1998.

DE MORAES, Guilherme Peña. **Tipos de Estado Federal**. In: *O Federalista Atual*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DUARTE, Stênio Cezar. **Ambiente regulatório do setor de saneamento no Brasil: limites e possibilidades de atuação da Agência Nacional de Águas junto aos entes federados subnacionais** [Monografia]. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3988/1/St%C3%AAnio%20Cezar%20Duarte.pdf>>. Acesso em 11 de set. 2020.

ENEI, José Virgílio Lopes. **A Hora e a Vez do Setor Privado: Modelagem de Privatizações e Concessões no Setor de Saneamento**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico

FALCÃO, Joaquim. **A razão sem voto e um constitucionalismo de realidade**. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. E-book Kindle.

FENSTERSEIFER, Tiago. SARLET, Ingo Wolfgang; **Direito Constitucional Ecológico: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro eletrônico.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. Editora Manole. 2014. Edição do Kindle.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book.

FGV-CERI, Centro de Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas. **Efetividade dos investimentos em saneamento no Brasil: da disponibilidade dos recursos financeiros à implantação dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário**. 2016. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/39_efetividade-dos-investimentos-em-saneamento-no-brasil-25-09-2016.pdf>. Acesso em: 7 de set. 2022.

FORTINI, Cristiana; BORELLI, Raul. **A atuação institucional da ANA no setor de saneamento básico**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coords). O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020. São Paulo: Quartier Latin, 2021

FORTINI, Cristina; FARJADO, Gabriel. **Um olhar histórico-constitucional sobre as concessões de serviço público e as parcerias público-privadas: surgimento e incentivo**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FORTINI, Cristiana; BORELLI, Raul. **A atuação institucional da ANA no setor de saneamento básico**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coords). O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FRANCISCO, Papa. **Fratelli Tutti. Le vie della Cristianità**, 2020. Disponível em:<<https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals.index.html>> Acesso em: 28 jun. 2021.

FREIRE, André Luiz. **Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz (Coords.). Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/379/edicao-1/saneamento-basico:-titularidade,-regulacao-e-descentralizacao>>. Acesso em: 03. de mai. 2022.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Regulação de Estado, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração pública**. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JÚNIOR, Celso Rodrigues (coords). Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Jurema Villela Souto. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GALLACCI, Fernando Bernardi. Reflexão acerca das disputas jurídicas envolvendo o setor de saneamento brasileiro. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC**, vol. 21, novembro-dezembro 2015.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado e FERREZ, Daniela Malheiros. **O papel do saneamento básico na proteção dos recursos hídricos**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A configuração jurídica clássica do serviço público e suas mutações. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo** | vol. 28/ 2011 | p. 81 - 118 | Jul - Dez / 2011.

_____. Parcerias na Administração Pública. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTs**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, jan./jun. 2012.

_____. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. **Interesse Público - IP**, ano 8, n. 40, nov./ dez. 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade**. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57797>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; PEREIRA, Rafaella Krasinski Alves. **Empresas estatais de saneamento básico, novo marco legal e parcerias com a iniciativa privada**. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). Novo marco legal do saneamento. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUREVICH, Eduardo Isaías e ROSA, Vanessa. **Remuneração dos Serviços**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021

GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima. O subsídio cruzado e os contratos de programa para saneamento básico. **Conjur**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-23/luiz-felipe-graziano-subsidio-cruzado-contratos-programa>>. Acesso em: 14 de mar. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:(interpretação e crítica)**. 9ª edição, revista e atual. Malheiros, 2004.

GUZELA, Rafaella Peçanha. Normas de referência para o setor de saneamento: um exame conceitual. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte, v. 19, n. 74, p. 187-206, abr./jun. 2021

HEINEN, Juliano e MAFINI, Rafael. A regionalização do saneamento básico e sua titularidade. **Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-regionalizacao-do-saneamento-basico-e-sua-titularidade-07072021>>. Acesso em: 25 de mai. 22.

_____. **Regime jurídico de transição no novo marco legal do saneamento (Lei 14.026/2020)**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

HORTA, Raul Machado. Estrutura da federação. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v. 20, n. 81, p. 52-56, 1987.

_____. Tendências atuais da federação brasileira. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Estudos. Ano X, nº 9. Rio de Janeiro. 1º semestre de 1996.

_____. **Federalismo e o princípio da subsidiariedade**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. América Jurídica. 2002.

IVO, Gabriel. **O princípio da tipologia tributária e o dever fundamental de pagar tributos**. In: DE ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues (Org.). Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Estudos comemorativos aos seus vinte anos. Porto Alegre. Nuria Fabris Editora: 2008

JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer sobre a minuta do anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico**. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_complementar_MarcalJustenFilho_1.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2022.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2008.

_____. **A necessária Mudança de Foco na Implantação do Federalismo Cooperativo no Brasil: Definição das Competências Legislativas para o Desenho de Formas Conjuntas de Execução Administrativa**. In BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

_____. Subsídios para uma Interpretação Moderna da Autonomia Municipal na Área da Proteção Ambiental. **Interesse Público IP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2001. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51472>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 32, n. 128, p. 107-125, 1995.

_____. **Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos: O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas.** In: FEITOSA, Enoque et alii (Org.). O judiciário e o discurso dos Direitos Humanos. Recife: 2 vol. Editora Universitária UFPE, 2012.

LONGO FILHO, Fernando José. Regiões metropolitanas, saneamento básico e privatizações. **Interesse público – IP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 119, p. 189-208, jan./fev. 2020.

LEISTER **Metodologia da Pesquisa em Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Direitos humanos, Estado de direito e Constituição**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021.

MACHADO, Luciene Ferreira Monteiro. **Projetos regionais de saneamento: A experiência da estruturação**. In: RIOS, Veronica Sánchez da Cruz (coord.). Novo Marco Legal do Saneamento Básico: por quem fez. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 185-209.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito do Saneamento Básico**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portela; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). **Série Direito em Debate - Dogmática é conflito - Uma visão crítica da racionalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

MARINA, Feferbaum; RABELO, Queiroz Rafael Mafei (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **O marco legal do saneamento no Brasil**. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 63, p. 7247-7293, maio 2006.

_____. **As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso "telefone social"**. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, ano 19, n. 14, abr./ jun. 2006. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/20790/32410>. Acesso em: 12 set. 2022.

MARRARA, Thiago. Tarifa mínima para manutenção de serviços públicos de fornecimento de água e de coleta de esgoto. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. n. 11. ano 3. p. 223-254. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2019.

_____. **“Mosaico Regulatório”: As normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14026/2020**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021

MARRARA, Thiago; BARBOSA, Allan Fuezi. As funções do regulador de saneamento básico no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 3, p. 127-147, set./dez. 2019.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal 14.026/2020**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. Livro Eletrônico.
- MELO, Luiz Carlos Figueira de; SANTOS, Eduardo Rodrigues dos; SANTOS, Priscylla Rodrigues dos. O direito fundamental de acesso à água potável e o decorrente dever fundamental do Estado de fornecimento: análise à luz do § 2º do art. 5º, da CF/88. **Forum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 49-59, abr./jun. 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Regiões metropolitanas e saneamento público**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; et al. (Coord). Direito Público em Evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar: Fórum, 2013. p. 685-698.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Livro eletrônico.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005
- MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente** 5. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.
- MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.
- MONTEBELLO, Mariana. **O princípio da subsidiariedade e a Constituição da República de 1988**. In. Os princípios da Constituição de, 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MORAIS, Gisele Albuquerque; COSTA, Beatriz Souza. A universalização do serviço de saneamento básico e as propostas de alteração legislativa: conflitos de competência entre os entes federativos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 7, n. 2, p. 134-169, 2019.
- MOTTA, Ivan Martin; VILLAS BÔAS, Regina Vera. **O direito humano ao saneamento básico, os direitos constitucionais fundamentais e a indispensabilidade da concretização da política nacional de saneamento básico: as primeiras impressões sobre a Lei 14.026/2020**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coord). O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2020.
- MUKAI, Toshio. **Saneamento básico: diretrizes gerais, comentários à Lei n. 11.445 de 2007**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007.
- NASCIMENTO, Carlos Alexandre. et.al. **A economia política do novo marco legal do saneamento: do público vs. privado para as Parcerias Público-Privadas**. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, v. 4, p. 1-35, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 21 de out. 2021.

_____. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 3ª Edição, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

NERY, Daniel Christianini **A regulação e o papel do governo federal no saneamento**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (Coords.). **O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020**. São Paulo: Quartier Latin, 2021

ONU, Organização das Nações Unidas. **Agenda2030**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 27 de out. 2021.

_____. **The Human Right to Water and Sanitation Milestones**. Disponível em: <https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones.pdf> Acesso em: 27 de out. 2021.

ONU, Assembleia Geral. **Resolução 64/292**, de 28 de julho de 2010. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S> Acesso em: 26 de out. de 2021.

ONU, Conselho de Direitos Humanos. **Resolução 15/9**, de 30 de setembro de 2010. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/RES/15/9&Lang=S> Acesso em: 27 de out. 2021.

ONU, Assembleia Geral. **Resolução 70/169**. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf>. Acesso em: 27 de out. 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A regulação infranacional e o novo marco regulatório**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015. Livro eletrônico.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. Contornos teóricos do conceito de assimetria federativa: relevância e aplicabilidade da tese do federalismo assimétrico em estados compostos heterogêneos. **Revista dos Tribunais**, vol. 914/2011, p. 117 – 156, Dez / 2011

PE, Parlamento Europeu. **Tratado da União Europeia (TUE). Tratado de Maastricht**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>>. Acesso em: 26 de set. 2022.

PINTO, Victor Carvalho. **O saneamento básico como componente do desenvolvimento urbano**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; et. al. (coords). **O Novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil: Estudos sobre a nova Lei 14.026/2020**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

PIRES, Luis Miguel Fonseca. **O controle judicial das políticas públicas de saneamento básico.** In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (Coord.). Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado.** Bahia: JusPODIVM, 2009.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos: e a discricionariedade da administração pública.** São Paulo: RCS, 2005.

PRADO, Jhonny; ANTUNES, Mariana de Araújo; FORMIGOSA, Viviane. **“Novo” marco do saneamento básico brasileiro: a importância do marco regulatório setorial e o mito da privatização.** In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord). O Novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico: Unidade Na Diversidade.** In: RAMOS, Dircêo Torrecillas (Coord.). O Federalista Atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

REQUI, Érica Miranda dos Santos. **A prestação regionalizada e a gestão associada de serviços públicos de saneamento.** In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). Novo marco legal do saneamento. Belo Horizonte: Fórum, 2021

REVERBEL, Carlos Eduardo Didier. **O Federalismo Numa Visão Tridimensional Do Direito.** Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

RIBEIRO, Wladimir Antônio. O saneamento básico como um direito social. **Revista de Direito Público da Economia–RDPE**, Belo Horizonte, ano, v. 13, p. 229-251, 2015.

_____. **Proposta para a criação de uma unidade de supervisão da regulação.** PRO-ENÇA, Jadir Dias (Org.). Contribuições para melhoria da qualidade da regulação no Brasil, Brasília: Semear Editora. Presidência da República, 2010. Volume 1, p. 139-190.

_____. O marco legal do saneamento e o novo paradigma de regulação. **LexLatin, 2020.** Disponível em: <<https://br.lexlatin.com/opiniao/o-marco-legal-do-saneamento-e-o-novo-paradigma-de-regulacao>>. Acesso em: 03 de mar. 2022.

_____. Uma proposta para o saneamento básico no Brasil (parte 2). **Conjur, 2018.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-03/wladimir-ribeiro-proposta-saneamento-basico-parte>>. Acesso em: 11 set. 2020.

RICKEN, Guilherme. Regulação e concorrência no setor de saneamento. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n.64, p. 63-76, out./dez. 2018.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços.** In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Supremacia do interesse público? as colisões entre direitos fundamentais e inte-resses da coletividade**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Livro eletrônico.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Livro Eletrônico. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4135>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 5, n. 20, p. 145-165, 2007.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **As tarifas nos diversos tipos de saneamento**. In: CUNHA FILHO, et al (coords). *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil. Estudos Sobre a Nova Lei Nº 14.026/2020. Volume 2*. São Paulo. Quartier Latin. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. 8. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 23-51, 2006.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

_____. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **University of Brasília Law Journal (Direito. UnB)**, v. 2, n. 1, p. 675, 2016.

SILVEIRA, Alessandra. **Cooperação e compromisso constitucional nos estados compostos: estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos**. Coimbra: Almedina, 2007.

SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

SOUZA, Rodrigo Pagani; ALVIM, Tiago Cripa. Saneamento básico e insegurança jurídica: comentário à Medida Provisória 844/2018. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, nº 48, p. 287-308, Março-Abril/2019

SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *Novo marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SUNSTEIN, Cass R e HOLMES Stephen. **O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos** tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes: 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; ANDRÉ, Rosilho. **Direito da regulação e políticas públicas. Direito e política pública. Dois mundos?** São Paulo: Malheiros, 2014.

STARK, Christian. **Direitos sociais em tratados internacionais, constituições e leis.** In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em Homenagem a JJ Gomes Canotilho.* São Paulo: RT, 2009.

TANCREDO, Fabrício Grandi Monteiro de. O princípio da subsidiariedade: as origens e algumas manifestações. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra.** Volume XLVI, nº 1, 2005.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

TRINDADE, Karla Bertocco; ISSA, Rafael Hamze. **Primeiras impressões a respeito dos impactos da Lei nº 14.026/20 nas atividades das empresas estaduais de saneamento: a questão da concorrência com as empresas privadas.** In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento.* Belo Horizonte: Fórum, 2021.

TRINDADE, Karla Bertocco. Desafios da regionalização da prestação dos serviços pelo olhar de cada UF. **Jota.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desafios-da-regionalizacao-da-prestacao-dos-servicos-pelo-olhar-de-cada-uf-03062021>>. Acesso em: 25 de mai. 22.

VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Contracorrente. 2015.

VASCONCELOS, Andréa Costa de; MARCATO, Fernando S. Subsídio direto à população de baixa renda como mecanismo para universalização dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP,** Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 159-176, abr./jun. 2018.

ZIMMERMANN, Augusto Cotta. **Teoria geral do federalismo democrático.** 2ª Edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.