

Prestação regionalizada sim. Regionalização não.

Gustavo Kaercher Loureiro

Eden José Ferreira

João Paulo Soares Coelho



Introdução

Diz-se que, à noite, todos os gatos são pardos. Mas isso não elimina o fato de que eles têm cores diferentes. Na atual conjuntura, há muita autodeclarada “prestação regionalizada” tentando se passar por prestação regionalizada e é verdade que o Novo Marco do Saneamento - NMSB não é claríssimo neste ponto. Mas vale o esforço.

O NMSB elegeu como um de seus *princípios fundamentais* a *prestação regionalizada* dos serviços públicos de saneamento básico (art. 2º, XV), reformulando significativamente, nesse ponto, o direito anterior (a Lei nº 11.445/2007, cf. adiante). Na sua esteira, várias leis estaduais (ordinárias e complementares) foram editadas para supostamente dar atuação a esse comando. Diante desse cenário, muitas dúvidas e dificuldades se apresentam. Elas são várias e vão desde questões relacionadas à equilibrada governança dessas estruturas⁴, à reconfiguração dessas unidades em caso de não entrada/saída de Municípios originalmente previstos nas iniciativas estaduais de organização de seu território, aos limites das leis estaduais que instituem esses agrupamentos – que avançam indevidamente sobre questões regulatórias etc. Vamos nos concentrar em alguns desses pontos:

- 1.) Quais são as características específicas da “nova prestação regionalizada”, trazida pela reforma de 2020?**
- 2.) Toda e qualquer iniciativa de agrupamento de Municípios envolvendo os serviços de saneamento (água e esgotamento sanitário) pode ser tida por prestação regionalizada para os fins do NMSB, em especial, para a obtenção de auxílio econômico federal?**
- 3.) Pode a gestão associada ser considerada prestação regionalizada? Sob quais requisitos e condições?**
- 4.) Pode a União Federal fazer um exame do mérito dessas iniciativas, para decidir sobre a concessão de financiamentos, empréstimos ou auxílio econômico?**

¹ Pesquisador associado do CERI-FGV. Doutor em Direito.

² Advogado da área de Direito Regulatório. Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios pela Unisinos. LL M em Direito da Empresa e dos Negócios pela mesma Universidade. Membro da Comissão Especial de Infraestrutura, PPP e Concessões da OAB/RS.

³ Especialista em Regulação. Coordenador de Contratos e Legislação da Superintendência de Regulação Econômica da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (CEDIPRE/FDUC). Pós-graduado em Concessões e Parcerias com a Administração Pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-Graduando em Direito Econômico e Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas - (FGV). Foi Assessor Jurídico do Gabinete do Procurador-Geral da República, na Chefia da Assessoria Constitucional. Foi Assessor na Subchefia-Adjunta de Infraestrutura da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (SAINF/SAJ/CC/PR). Foi membro da Comissão de Consolidação de Decretos de Caráter Normativo do Governo Federal.

⁴ Sobre governança, para além da já clássica ADI 1.842, v. a ADI 6.573 que discute a constitucionalidade do art. 4º, IV da LC estadual nº 50/2019 por suposta ausência de pressupostos materiais (ausência de “interesse comum” consubstanciado em conurbação e compartilhamento de infraestrutura); e também o art. 8º da mesma LC, por alegada violação dos padrões de participação paritária e proporcional estabelecidos na ADI 1.842 (peso excessivo do Estado no organismo assemblear). Importantes também, por tratarem de questões de governança, a ADI 6.911 e ADPF 863, todos concernentes à estruturação da prestação regionalizada em Alagoas (região metropolitana).

Adiantam-se as respostas que serão justificadas na sequência:

- **Resposta à pergunta 1:** diferentemente da versão original da Lei nº 11.445/2007⁵, que admitia como prestação regionalizada a existência de uma pluralidade de diferentes contratos de concessão nas mãos de um único prestador, desde que restassem asseguradas uniformidade regulatória e “compatibilidade de planejamento”, a prestação regionalizada do NMSB envolve (i.) a criação de uma figura jurídico-institucional de agregação territorial (região metropolitana, microrregião, unidade regional, bloco de referência ou gestão associada); (ii.) o estabelecimento, nessa agregação territorial, de regulação uniforme, a cargo de um único ente regulador; (iii.) a instituição, também nessa agregação, de planejamento uniforme, manifestado no plano regional de saneamento; (iv.) finalmente, e como ponto de chegada, a instituição (ou previsão crível de instituição) de uma **concessão** (ou prestação direta⁶) **regional (única)**, que tenha como objeto a prestação do serviço de saneamento no território supramunicipal. Para tanto, a criação de regiões metropolitanas, microrregiões, unidades regionais de saneamento etc. deve ter sido fundada em sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira que garantam, para a região supramunicipal criada, ganhos de escala e o atendimento de Municípios menos favorecidos. Em síntese, a prestação regionalizada deve, necessariamente, desembocar na “**prestação integrada** de um ou mais componentes **dos serviços públicos de saneamento básico** em determinada **região cujo território abranja mais de um Município.**” (art. 3º, VI, adiante).
- **Resposta à pergunta 2:** nem toda a iniciativa tomada a título de “prestação regionalizada” pode ser assim considerada, à luz do NMSB. Apenas devem ser admitidas as que organizarem e disciplinarem - para implementação imediata ou diferida - uma **prestação integrada dos serviços públicos de água e esgoto em território supramunicipal, na forma de uma (única) concessão regional viável economicamente** (ou de uma única prestação direta).

Iniciativas que levem apenas à integração de funções instrumentais e/ou acessórias à prestação unificada e supraterritorial – como planejamento ou regulação, atividades para as quais sequer faz sentido postular “viabilidade econômico-financeira” - não podem ser consideradas prestação regionalizada, para os fins do NMSB e devem ser tomadas como meros impulsos de *regionalização* ou *cooperação federativa*. Da mesma

⁵ “Art. 3º. Para os efeitos dessa Lei, considera-se: (...); VI - prestação regionalizada: aquela em que um único prestador atende a 2 (dois) ou mais titulares; (...).”

“Art. 14. A prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico é caracterizada por: I - um único prestador do serviço para vários Municípios, contíguos ou não; II - uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração; III - compatibilidade de planejamento.”

⁶ A prestação direta é uma possibilidade, mas não será mais referida no texto, por razões de simplicidade e economia.

forma devem ser tidas iniciativas que não prevejam, de modo suficientemente robusto, o procedimento de instauração da concessão regional ou que sequer tenham sido precedidas de estudos de viabilidade econômico-financeira dessa prestação integrada. Em síntese, não há que se confundir entre (i.) prestação regionalizada no sentido do NMSB; (ii.) meras iniciativas de regionalização; (iii.) prestação regionalizada em sentido meramente econômico-empresarial.

E, sobretudo, não será tida por prestação regionalizada aquela iniciativa estadual ou municipal que pretender instrumentalizá-la para, de modo paradoxal, frustrar objetivos do marco normativo que a (re)criou. Tal ocorreria, por exemplo, se fosse a prestação regionalizada empregada para evitar a seleção competitiva do prestador (arts. 2º, XV e 10 *caput*), ou se com ela se pretendesse superar a vedação à prorrogação de contratos de programa (a título de “harmonização” de prazos desses contratos pelo maior dentre os existentes no arranjo regional); ou, ainda mais, autorizar a celebração de novos negócios deste tipo (ao argumento de que as companhias estaduais fariam parte, de algum modo, da Administração de todos os entes federativos integrantes de determinado arranjo regional, por razões de co-titularidade).

- **Resposta à pergunta 3:** a gestão associada, entendida como um processo voluntário de integração de distintos Municípios para instaurar cooperação interfederativa no âmbito de serviços públicos de saneamento básico é genericamente reconhecida pelo NMSB como prestação regionalizada para vários propósitos (arts. 2º, II e 8º, § 4º). Se atender a alguns requisitos (art. 2º, §§ 2º e 3º do Decreto nº 10.588/2021⁷, dentre outros), poderá ser equiparada a pleno título à prestação associada (art. 8º, § 1º), inclusive para obter acesso a auxílio econômico e financeiro federal (art. 50, VIII). Não poderá, em qualquer hipótese, porém, culminar na celebração de contratos de programa.
- **Resposta à pergunta 4:** sim a União poderá verificar o preenchimento dos requisitos indicados na resposta à pergunta 1.), para decidir sobre a concessão, ou não, de recursos federais. Entende-se que a União Federal, no exercício de sua competência para fomentar o setor por meio de financiamentos federais, não só poderá como deverá realizar o exame de cada iniciativa estadual para decidir se ela atende os requisitos dispostos no art. 50 da Lei 11.445/2007, dentre os quais encontra-se o da formação de mecanismos de prestação regionalizada (art. 50, inc. IV).

Justificam-se as respostas. Na Parte I desse estudo, trataremos das duas primeiras perguntas. Na parte II, das restantes.

⁷ O Decreto nº 10.588/2020 foi recentemente alterado pelo Decreto nº 11.030, de 01 de abril de 2022.

A prestação regionalizada no Novo Marco do Saneamento Básico

Como dito, a prestação regionalizada é um dos princípios fundamentais do NMSB:

“Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...);

XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços; (...).”

Na esteira desse dispositivo, o artigo seguinte a 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 Metrôpole);

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;

Em outros textos do NMSB colhem-se também informações relevantes sobre a prestação regionalizada (dentre eles, os arts. 11, § 4º; 17; 24 etc.).

Ao referir-se à “prestação integrada dos serviços em determinada região cujo território abranja mais de um Município”, o art. 3º, VI marca distância em relação à prestação regionalizada original, prevista na Lei nº 11.445/2007, em seu art. 14 antes reproduzido. Ali, a *prestação do serviço* não era juridicamente “integrada”, mas fragmentada entre distintos contratos, relacionados entre si por eventuais movimentos de harmonização da regulação e do planejamento, movimentos esses que não levavam a um contrato único, de cunho regional. Ou seja: ainda que possam ser parcialmente semelhantes os objetivos da “nova” e da “velha” prestação regionalizada, e também

seus mecanismos⁸, a especificidade da reforma introduzida em 2020 está em conceber que, na “ponta final” da estruturação de quaisquer arranjos territoriais supramunicipais estará um contrato único. Com isso, o NMSB pretendeu não apenas propiciar ganhos de escala e atendimento a Municípios menos favorecidos - como vias para a universalização - mas pretendeu também reduzir custos de transação e as inerentes dificuldades políticas envolvidas quando um prestador do serviço tem que negociar com uma pluralidade de titulares.

Dessa diferença entre a “nova” e a “velha” prestação regionalizada advém também a fundamental importância dos estudos de viabilidade econômico-financeira do serviço que deverá ser prestado de modo integrado nesse território supramunicipal. Para evitar que unidades regionais (ou microrregiões etc.) sejam apenas “clubes de discussão” de questões como “harmonização do planejamento”, “sinergia na regulação”, “eficiência da fiscalização” conjuntas etc., o NMSB enfatizou a necessidade de viabilidade econômico-financeira, os quais só se explicam se a intenção for transformar a área numa unidade de prestação, sob o manto de um contrato.

Não é outro o espírito do importantíssimo § 9º do art. 11-B da Lei 11.445/2007 que dispõe que “quando os estudos para a **licitação da prestação regionalizada** apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização na data referida no caput deste artigo, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dilação do prazo, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária”. Na mesma linha vai o art. 3º, inc. V do Decreto nº 10.588/2020 que regula as condições do auxílio federal. Diz ele que, dentre as condições está “[a] **modelagem da prestação dos serviços em cada mecanismo de prestação regionalizada**, considerados os ambientes urbanos e rurais, **com base em estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental**, e de operabilidade e manutenção dos sistemas, **com prazo mínimo compatível com as metas de universalização do acesso ao saneamento básico.**” Em verdade, são inúmeros os dispositivos do NMSB que pressupõem que o essencial da prestação regionalizada é a criação do contrato regional (ou da prestação direta regional)⁹ – e não a pura e simples iniciativa de criação do grupo, por via de lei.

Ponto fundamental nas estratégias de regionalização está em que os municípios preservam a titularidade dos serviços públicos tanto em hipóteses de prestação isolada, quanto em hipóteses de prestação regionalizada facultativa (bloco de referência e unidade regional de saneamento). Mesmo na hipótese de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião a titularidade

⁸ As únicas novidades, nesse ponto, são a unidade regional de saneamento e do bloco de referência.

⁹ A título de exemplo: art. 50, § 3º da Lei nº 11.445/2007 (trata da priorização de uso dos recursos federais para auxiliar na prestação de serviços regionalizada, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não puder ser garantida apenas pelas tarifas cobradas do prestador regional); art. 14, IV da Lei nº 14.026/2020 (refere a “modelagem da prestação dos serviços em cada bloco, urbano e rural, com base em estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA)”; o art. 2º, § 12 do Decreto nº 10.588/2020 (“Art. 2º (...). § 12. O cumprimento da exigência de prestação regionalizada de que trata o § 1º, para os serviços de água potável e de esgotamento sanitário, estará condicionado à segmentação de todo o território do Estado em estruturas de prestação regionalizada que apresentem viabilidade econômico-financeira.”))

não é subtraída dos municípios, conquanto haja compartilhamento de seu exercício entre Estados e municípios. E, reitere-se: somente nos casos de região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, §3º da Carta da República, e desde que atendidos os requisitos (fático e jurídico) contemplados no art. 8º, II, Lei nº 11.445/2007).

É dizer: a compulsoriedade do exercício da titularidade via associação interfederativa não poderá elidir a autonomia municipal. O reconhecimento de interesse comum, institucionalizado em lei complementar estadual, não equivale à transferência da titularidade dos serviços aos Estados, nos termos do quanto já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, no julgamento da ADI 1.842/RJ, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de legislação fluminense que transferia ao Estado do Rio de Janeiro: (i) **o poder de unificar a execução dos serviços comuns para serem dados em concessão ou permissão pelo Estado (art. 5º, parágrafo único, LC Estadual 87/1997); (ii) o poder de organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse metropolitano, bem como os serviços integrados entre si, além do poder de fixar as tarifas (art. 7º, caput, LC Estadual 87/1997); (iii) o poder de transferir parcialmente, mediante convênio, os serviços estaduais aos municípios integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 7º, § 1º, LC Estadual 87/1997); (iv.) o poder de o Poder Executivo estadual, na qualidade de órgão executivo da Região Metropolitana, exercer sua atividade através de sua Administração Direta e Indireta (art. 10, LC Estadual 87/1997).**

A Lei nº 14.026/2020 foi ao exato encontro dessas premissas relativas ao exercício da titularidade estabilizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Tão é assim que, nos termos do art. 8-A da Lei nº 11.445/2007, em caso de interesse local, a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento básico às estruturas das formas de prestação regionalizada é considerada facultativa.

Tal dispositivo legal, ao aludir aos titulares (e não meros exercentes da titularidade) reforça a premissa de que a técnica enunciada no art. 8º, I, tem os entes federativos municipais (e, como visto, por equivalência constitucional, ao Distrito Federal) por destinatários desse atributo, prerrogativa e poder-dever .

A possibilidade que “titulares dos serviços de saneamento” integrem-se às unidades regionais de saneamento dotadas de sustentabilidade econômico-financeira e que contemplem, preferencialmente, pelo menos uma região metropolitana, tal qual enunciado no art. 8º, § 2º, corrobora que o paradigma legal estatui o município como centro gravitacional da competência dos serviços públicos de saneamento básico.

Cuida-se de diretiva de incentivo aos municípios, que os incentiva a integrarem-se às unidades regionais, que são, nos termos da legislação, criadas por lei ordinária estadual e contemplam municípios não necessariamente limítrofes que optem, facultativamente, pela integração à unidade regional. O incentivo, inclusive, pressupõe ato formal de adesão municipal, inclusive como condição à percepção de recursos federais (art. 50, VIII, Lei nº 11.445/2007).

A hipótese do art. 8º, II, da Lei nº 11.445/2007 não descaracteriza, mas sim confirma tal premissa, ao pontificar que o exercício da titularidade será compartilhado pelos detentores (municípios, fundamentalmente) com o Estado tão somente nas circunstâncias em que a existência de interesse comum for qualificada por circunstâncias fáticas (...“compartilhamento efetivo de instalações operacionais”...) juridicamente reconhecidas em instrumento formal de hierarquia primária (...“integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual”...).

Por essa razão, conclui-se que o art. 8º, § 2º da Lei nº 11.445/2007, ao facultar aos titulares do saneamento básico a integração em unidades regionais, não se direciona aos Estados, que não são propriamente titulares, mas que tão somente exercem a titularidade, em condomínio com os municípios, na hipótese específica em que haja, de modo necessário - e, nessa medida, de modo distinto ao contexto das unidades regionais de saneamento básico - o requisito fático do compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura e o requisito jurídico da constituição por lei complementar estadual.

Corolário da atribuição de prerrogativas é a submissão a sujeições: no caso da prestação regionalizada, as responsabilidades administrativa, civil e penal são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços públicos de saneamento, o que alcança, fundamentalmente, os municípios, conquanto não afaste o exame da responsabilidade dos gestores estaduais pelos atos que configurem exercício de prerrogativas inerentes à titularidade que, por ação ou omissão, tenham desempenhado quando da hipótese do art. 8º, II da Lei nº 11.445/2007, retromencionada.

Do mesmo modo, a teor do art. 8º, §1º, I, da Lei nº 11.445/2007, há que se reconhecer que a admissão legal da possibilidade de gestão associada por intermédio de consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, adstringe-se à formalização de consórcios intermunicipais **exclusivamente compostos por municípios.**

Além dessa restrição subjetiva à participação em tais métodos de gestão associada, a legislação também circunscreve a atuação de tais arranjos, limitando-a à **prestação dos serviços aos seus consorciados, de forma direta.**

Não bastasse, a lei ainda restringe tais arranjos quanto ao agente prestador de serviços em seu âmbito: instituição de **autarquia intermunicipal.**

A possibilidade de prestação direta por autarquia intermunicipal decorre da previsão legal expressa de que os consórcios públicos que assumam a forma de associação pública constituem-se enquanto pessoas jurídicas de direito público interno integrantes da Administração Pública de todos os entes federativos consorciados, nos termos do art. 1º, §1º e art. 4º, IV da Lei nº 11.107/2005, combinado com o art. 41, IV do Código Civil de 2002.

A legislação não cogita da possibilidade de prestação direta em que Estados tenham participação; tampouco existe previsão legal de “empresa intermunicipal” ou “empresa multifederativa”, quer para prestação exclusivamente composta por municípios, quer para prestação de serviços que envolva administração pública de municípios e Estados.

Não existe administração indireta empresarial entre Estados e municípios, razão pela qual não há possibilidade de prestação direta por entidade empresarial na hipótese do exercício condominial entre Estados e Municípios de que cuida o art. 8º, II da Lei nº 11.445/2007.

Em reforço, o art. 8º, § 1º, II da Lei nº 11.445/2007 determina que o objetivo dos consórcios intermunicipais de saneamento básico é o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais necessárias à prestação dos componentes do saneamento básico. E faz mais: **o dispositivo veda tanto a formalização de contrato de programa entre o consórcio com sociedade de economia mista ou empresa pública, quanto a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.**

Onde há a mesma razão, há de haver o mesmo direito: se o consórcio intemunicipal não pode realizar contratação direta com sociedade de economia mista ou empresa pública (estadual ou federal, já que inexiste empresa estatal intermunicipal), com menos razão poder-se-ia cogitar de arremedo de prestação direta descentralizada por contratação direta com entidade empresarial que integra, tão somente, a estrutura da Administração Indireta de um dos condôminos (o Estado, no caso das empresas estatais).

Portanto, a previsão legal do art. 8º, incisos I e II, da Lei nº 11.445/2007 não admite hipóteses de prestação direta que não sejam (i) aquela exercida pelo município ou pelo Distrito Federal, nos casos de interesse local (art. 8º, I) e (ii) aquela exercida por consórcio público ou convênio de cooperação por via, exclusivamente, de autarquia intermunicipal.

Todas as demais formas de prestação, que promovam a translação do exercício da titularidade e, especificamente, da prestação dos serviços a terceiros (i.e.; pessoas de direito privado não estatais ou estatais de órbita federativa diversa da esfera municipal ou distrital), deverão ser precedidas de licitação, por força do dever insculpido no art. 175 da Constituição Federal, na norma cogente já aludida do art. 8º, §1º, II da Lei nº 11.445/2007.

De modo indubitado, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico erige vedação expressa não apenas à celebração de contrato de programa, mas também de convênio para prestação de serviços, nos termos da parte final do art. 10 da Lei nº 11.445/2007. E mais, fundamentalmente, a parte inicial do dispositivo estatui que “a prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal”.

A especulação de que seria possível contratação na hipótese de os municípios integrantes de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião ostentarem participação societária equivalente ao poder de deliberação que cada qual detém nos colegiados interfederativos tampouco encontra guarida, tendo em vista que as empresas estaduais não integram a administração dos titulares que consubstanciam tais arranjos interfederativos, mas tão somente fazem parte de um deles.

Ou seja: considerando a inexistência legal ou constitucional de arranjo empresarial que integre a estrutura administrativa de entes federativos municipais, ou do ente estadual em conjunto com os entes municipais e, ainda, face à impossibilidade de integração analógica da figura da autarquia multifederativa para acomodar arranjos de natureza empresarial, não há possibilidade de prestação de serviços públicos de saneamento por via direta mediante contrato ou arranjo societário que, de qualquer forma, vulnere o dever constitucional e legal de licitar.

Portanto, a legislação veda aos Estados disporem sobre modos de prestação direta das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões constituídas nos termos do art. 8º, II, da Lei nº 11.445/2007.

Do mesmo modo, a legislação veda aos colegiados das formas de prestação regionalizada preverem a delegação direta de serviços a empresas estatais estaduais ao argumento de que o Estado também é titular porque, como se viu, o exercício da titularidade de que cogita o art. 8º, II, da Lei nº 11.445/2007 é realizado pelos Estados em conjunto com os municípios, e tão somente se atendidos, concomitantemente, os requisitos fáticos e jurídicos caracterizadores do interesse comum, o qual, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.842/RJ), não se presta a transferir titularidade ao Estado, tampouco a sobrepor o interesse comum ao interesse local, à titularidade municipal nem à autonomia municipal.

Como se viu, a matriz legal consignada no art. 10 da Lei nº 11.445/2007 estabelece, de forma assertiva, que a prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

A manutenção dos contratos de programa regulares vigentes até o advento do seu termo contratual (art. 10, § 3º, Lei nº 11.445/2007) estabelece que, ocorrendo o advento do termo contratual, ou bem o titular dos serviços haverá de prestar o objeto de forma direta (por sua própria administração ou, no limite, via autarquia intermunicipal, quando firmado o consórcio intermunicipal), ou bem deverá selecionar o prestador de serviço mediante prévio procedimento licitatório.

A observância rigorosa ao dever de licitar é tão central no Novo Marco Legal do Saneamento Básico que mesmo as subdelegações do objeto contratado mediante licitação é cercada de cautelas formais, seja quanto ao limite objetivo, seja quanto à vedação à sobreposição de custos administrativos; seja, inclusive, quanto ao método de eventual subdelegação, o qual também requer, do prestador de serviços, a realização de licitação para contratação de parceria público-privada. É o que se colhe do art. 11-A e seus parágrafos.

Do mesmo modo, o art. 11-B, § 2º, da Lei nº 11.445/2007 confere aos titulares que não promoverem aditamento dos contratos licitados para inclusão das metas de universalização de que cogita a cabeça do dispositivo ou a possibilidade de prestação direta da parcela remanescente para o atingimento das metas ou a licitação complementar para a contratação voltada ao atingimento da totalidade das metas de universalização dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário.

A seu turno, a hipótese legal do art. 14 da Lei nº 14.026/2020 cuida do dever de licitação como mecanismo à formação dos novos contratos de concessão nos casos de privatização das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de saneamento básico.

Não bastassem as premissas legais e constitucionais apontarem para que os contratos administrativos do setor de saneamento que não adotarem as formas legítimas de prestação direta tenham de ser licitados, também as premissas regulamentares decididamente o fazem.

No plano regulamentar, a política pública estabelece que, afora as hipóteses legais de prestação direta, os serviços públicos de saneamento básico haverão de ser delegados mediante prévia licitação.

Nos termos do Decreto nº 10.588/2020, o apoio técnico e financeiro da União para adaptação dos serviços públicos de saneamento básico às disposições da Lei nº 14.026/2020 volta-se a conferir exequibilidade à prestação regionalizada, inclusive quanto ao modo de exercício da titularidade em cada mecanismo dessa forma de prestação, de modo a se fixarem as responsabilidades de cada ente federativo e a melhor forma de gestão, por força do art. 3º e incisos do aludido diploma regulamentar.

Nos termos do art. 3º, inciso VIII do Decreto nº 10.588/2020, a efetiva adaptação ao novo modelo de prestação regionalizada pressupõe a celebração de novos contratos, mediante licitação.

A adaptação dos contratos regulares existentes é medida instrumental a essa celebração de novos contratos, e não uma forma alternativa, supostamente voltada a conferir sobrevida aos contratos existentes ou, ainda, a transigir com arranjos de contratação direta que inobservem o dever constitucional e legal de seleção competitiva dos prestadores de serviços.

Essa é a interpretação adequada e, do ponto de vista sistemático, a consentânea aos pressupostos legais vigentes.

Tão é assim que, ao versar sobre alteração dos contratos regulares existentes, (além da menção à possibilidade de que já se procedesse à preparação dos novos contratos) o decreto estabelece normas interpretativas, em seu art. 3º, §1º, as quais aludem aos mecanismos de equalização dos prazos contratuais, os quais são erigidos, indubitavelmente, para estabelecer uma data de convergência para o **término** desses vínculos.

Em especial, dentre as atividades que receberão apoio técnico e financeiro federal estão: “a elaboração de edital, realização prévia de audiências e de consulta públicas, e realização de licitação para concessão dos serviços ou para alienação de controle acionário da empresa estatal prestadora dos serviços, aplicadas as metas definidas no plano regional de saneamento básico”, conforme o art. 3º, IX do diploma regulamentar.

A seu turno, a apuração de valor de indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados que existirem é medida de apuração de haveres e deveres necessária à substituição dos contratos vigentes por contratos de concessão (art. 3º, X, Decreto nº 10.588/2020).

Do mesmo modo, e com mais razão, os contratos irregulares existentes também receberam tratamento com expressa indicação de seu desfazimento, nos termos do § 10 do art. 3º do diploma. Tal dispositivo autoriza o acesso, tão somente aos titulares (e, no limite, aos Estados, mas jamais aos prestadores de serviço, ex vi do art. 3º, § 13 do Decreto nº 10.588/2020), a recursos públicos federais ou financiamentos geridos com recursos da União ou geridos e operados por órgãos ou entidades da União para investimentos de capital nos serviços com prazo e escopo expressamente delimitados.

Essa hipótese excepcional de recursos federais a titulares que detenham contratos irregulares dar-se-á de forma condicional e limitada no tempo, isto é, “durante o período de transição para prestação regular” e “desde que assumam o compromisso de”: (i) até 30 de novembro de 2022, aderirem a mecanismo de prestação regionalizada e, concomitantemente, comprovar a contratação de estudo de modelagem **para concessão regionalizada** (art. 3º, § 10, I, Decreto 10.588/2020); (ii) até 31 de março de 2024, **publicar o edital de licitação para concessão dos serviços**, a qual substituirá o contrato irregular (art. 3º, § 10, II, Decreto 10.588/2020) e, por fim, (iii) até 31 de março de 2025, **substituir os contratos de programa vigentes por contratos de concessão**.

Passados os prazos ou desatendidas as condicionantes, portanto, veda-se a possibilidade de percepção de recursos federais, eis que a regularidade da operação a ser financiada é condição para tal fomento público, nos termos do art. 4º, I, “b”, VI do Decreto nº 10.588/2020, combinado com o art. 4º-A, “caput”, que, de forma indubitosa, estatui que “ Art. 4º-A A irregularidade do contrato implica a irregularidade da operação para fins do disposto no inciso VI do caput do art. 4º, vedada a alocação de recursos de que trata o art. 50 da Lei nº 11.445, de 2007, para ações de saneamento em operações irregulares”.

O diploma regulamentar é peremptório em estabelecer que, dentre as medidas a serem imediatamente adotadas pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico, está a extinção antecipada dos contratos irregulares e a elaboração dos estudos e avaliações indispensáveis aos procedimentos licitatórios (art. 4º-A, § 4º, Decreto nº 10.588/2020).

Independentemente da (im)possibilidade de acesso a recursos federais em sentido amplo, os contratos irregulares, ainda que possam permanecer como instrumentos temporários de prestação dos serviços, em razão do princípio da continuidade dos serviços públicos, somente poderão permanecer eficazes “pelo período necessário para o efetivo encerramento do contrato e para transferência do serviço para o novo prestador” (art. 4º-A, § 7º, Decreto nº 10.588/2020), o que, se não forem adotadas as formas de prestação direta legalmente admitidas, há de se dar mediante licitação.

Importante consignar que a política pública federal de saneamento básico tem por objetivo, entre outros, promover a concorrência na prestação dos serviços (art. 49, XV, Lei nº 11.445/2007, com a redação da Lei nº 14.026/2020), aspecto que deve nortear os arranjos de prestação regionalizada que forem adotados nos Estados.

A tarefa, como se vê, não se esgota na criação de regiões metropolitanas, microrregiões, unidades regionais etc. que propiciem uniformidade regulatória e de planejamento. Essas circunstâncias não são senão as bases que conformam a prestação unificada¹⁰. Entender que basta criar esses arranjos e nada prover acerca da prestação neles unificada é trocar o acessório pelo principal.

Em síntese: a prestação regionalizada no NMSB se caracteriza pela (i.) institucionalização de uma das figuras previstas no art. 3º, VI (citado acima); (ii.) unificação regulatória (que envolve unificação de planejamento, regulação *stricto sensu* feita por um único ente, fiscalização unificada etc.); e, sobretudo (iii.) unificação da (efetiva) prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário sob o manto de um único contrato. Sem esse último elemento, eventuais iniciativas de integração podem assumir, no máximo, a feição de meras cooperações interfederativas relativas

¹⁰ Nesse sentido é que se deve entender, por exemplo, o art. 2º do Decreto nº 10.588/2020: “Art. 2º A prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, **com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização.**” (grifou-se).

a alguns aspectos do serviço, eventualmente válidas em si, mas imprestáveis como figuras de prestação regionalizada para os fins do Novo Marco do Saneamento.

É de suma importância, afastar, portanto, a prestação regionalizada do NMSB de outras figuras semelhantes, em especial:

- 1. Cooperação federativa (ou simples “regionalização”).**
- 2. Regionalização em sentido econômico ou empresarial.**

Por cooperação federativa entende-se qualquer mecanismo de colaboração instituído pelos entes da Federação (União, Estados e Municípios), para viabilizar o exercício conjunto ou coordenado de alguma função pública. A cooperação federativa pode se dar de modo compulsório, quando são utilizados os instrumentos da região metropolitana, microrregião ou aglomeração urbana (art. 25, § 3º da Constituição, com as diretrizes estabelecidas pelo Estatuto da Metrópole, Lei nº 13.089/2015). Ou pode assumir feição voluntária e negocial, por meio do instrumento da gestão associada (art. 241 da CF, com as normas gerais da Lei de Consórcios e Convênios Públicos, Lei nº 11.107/2005). No setor de saneamento, a mera regionalização pode envolver, por exemplo, a cooperação em tema de regulação do serviço prestado isoladamente por Municípios. Neste caso, os titulares não abrem mão da competência de decidir, com exclusividade, como prestar o serviço em seus territórios, mas se consorciam para criar - apenas - uma agência reguladora intermunicipal (o caso da AGESAN no Rio Grande do Sul, por exemplo). Alternativamente, a cooperação pode cobrir apenas o planejamento conjunto (o caso da Região Metropolitana de Porto Alegre¹¹). Ou ainda pode alcançar um grupo de competências relacionadas ao serviço sem, porém, englobar a organização de sua prestação unificada (esse parece ser o caso das URSB's de São Paulo criadas pela Lei ordinária estadual nº 17.383/2021¹²). É importante notar que regiões metropolitanas, microrregiões e a gestão associada são instrumentos de múltiplos usos, antes que específicas ferramentas da prestação regionalizada no setor de saneamento. Elas podem (e devem) ser empregadas para viabilizar esse objetivo, mas nem sempre isso é o caso.

Já a regionalização em sentido meramente econômico ou empresarial é algo distinto. Esta hipótese caracteriza a orientação negocial de uma determinada empresa que procura formar um portfólio de contratos de concessão (ou de programa) de diferentes titulares de serviços públicos de

¹¹ O art. 3º da Lei Complementar (federal) nº 14/1973 atribuía ao Conselho da RMPOA a competência para decidir, *se e quando* ocorreria a unificação dos serviços - o que nunca aconteceu (prova disso é a existência da prestação direta no Município-base da região metropolitana, Porto Alegre). Sobre o tema, ver meu estudo “A Região Metropolitana de POA: Gênese e Competências no Saneamento Básico.”

¹² A questão é duvidosa, mas veja-se o alcance do art. 1º da referida Lei: “Artigo 1º - Esta lei dispõe sobre a criação de unidades regionais de saneamento básico, com fundamento nos artigos 2º, inciso XIV, e 3º, inciso VI, alínea “b”, da Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, com vistas à **uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário**, visando à geração de ganhos de escala, à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, bem como ao atendimento adequado das exigências de higiene e saúde pública dos Municípios que as integram.” (grifou-se). Por outro lado, confira-se o art. 3º que fala em “prestação dos serviços”.

saneamento, para obter com eles sinergia técnica ou econômica, mitigação de riscos, geração de escala e, não por último, viabilizar o atendimento a Municípios menos favorecidos. Nesse caso, a arquitetura jurídica continua sendo aquela tradicional, de titularidade e contratação fragmentadas, e o êxito da estratégia depende de negociações pontuais da companhia, e não de imposição de normas jurídicas. Não há um contrato único nem (necessariamente) um regulador único. Exemplifica a regionalização em sentido econômico-empresarial o PLANASA.

Não há que se confundir, portanto. Repita-se: a prestação regionalizada verifica-se quando a criação de regiões metropolitanas, microrregiões, unidades regionais de saneamento e consórcios intermunicipais servir para estruturar a oferta de serviços de saneamento num território supramunicipal que tenha escala, viabilidade econômico-financeira e contemple áreas menos privilegiadas. E que se exprima num único contrato lastreado num único arranjo jurídico-regulatório (que envolva regulação, fiscalização, planejamento etc. comuns).

A prestação regionalizada nas iniciativas estaduais

Como dito na Introdução, temos assistido à edição de várias leis estaduais - de tipo distinto, conforme o mecanismo utilizado - que se propõem a instituir e/ou disciplinar a “prestação regionalizada”. Faremos aqui apenas breves comentários sobre algumas dessas leis, somente para salientar aspectos que parecem indicar que em muitos casos há um certo descompasso entre o que pretendeu o NMSB e o que está sendo construído em diferentes Estados brasileiros.

Prima facie, a maioria das leis estaduais parece estar em linha com a definição do art. 3º, VI. Prevê-se que a unidade regional terá entre suas competências, “organizar, planejar, regular, fiscalizar e **prestar, direta ou indiretamente, os serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário**”¹³; que a microrregião será responsável por “exercer as competências relativas à integração da organização, do planejamento e da **execução**” de serviços de saneamento de interesse comum¹⁴; que a microrregião terá competência para “...o planejamento, a regulação, a fiscalização e a **prestação, direta ou contratada**, dos serviços públicos de abastecimento de água¹⁵”, dentre outras declarações de princípio¹⁶.

¹³ Art. 3º, I da Lei ordinária gaúcha nº 15.795/2022 (grifou-se).

¹⁴ Art. 4º, *caput* da Lei complementar da Bahia nº 48/2019 (grifou-se).

¹⁵ Lei Complementar do Paraná nº 237/2021, art. 2º (grifou-se).

¹⁶ Exceção parece ser a Lei ordinária paulista nº 17.383/2021 que não contempla expressamente a prestação integrada no enunciado básico que desenha a unidade regional. O texto realça as tarefas de “uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário”.

As dúvidas surgem quando se passa a um exame mais atento das normas contidas nessas leis. Sem pretensão de detalhar o tema, encontram-se nas medidas tomadas pelos Estados disposições e circunstâncias que parecem mover-se em direção distinta daquela do NMSB. Por exemplo:

- 1.) Segregação de áreas regionais a partir do (único) critério “atendimento/não atendimento” pela companhia estadual¹⁷.
- 2.) Admissão de futuras prestações, no interior do arranjo constituído que sejam: (a.) isoladas¹⁸; (b.) organizadas apenas para uma fração do território da estrutura regional¹⁹.
- 3.) Escassas normas sobre (a.) estrutura de governança desses arranjos²⁰; (b.) parâmetros de configuração da concessão regional, em alguns casos, inclusive, com condições restritivas para que essa concessão regional ocorra²¹.
- 4.) Em sentido contrário, excesso de dispositivos, nessas leis estaduais, que regulamentam matérias regulatórias – tarifárias, por exemplo – que deveriam ser deixadas às instâncias deliberativas regionalizadas.

Como se constata de uma simples leitura, muitos desses traços e mecanismos presentes em várias leis estaduais colocam em dúvida compatibilidade das iniciativas até o momento tomadas e o NMSB. Ver-se-á isso em mais detalhe na Parte II desse estudo, a ser em breve publicada.

¹⁷ Este foi o caso da Lei gaúcha nº 17.595/2022 que instituiu duas unidades regionais de saneamento, a URSB 1, composta pelos Municípios atendidos pela CORSAN; e a URSB 2, composta do restante dos Municípios gaúchos. Especialmente a URSB 2 é bastante heterogênea, tanto em território quanto em formas de prestação dos serviços quanto, finalmente, em capacidade econômica dos Municípios ali presentes.

¹⁸ Art. 9º, VII da Lei Complementar nº 48/2019 da Bahia. Art. 7º, § 1º da Lei Complementar do Ceará nº 247/2021. Atenção especial merece o art. 9º, § 5º da Lei Complementar paranaense nº 237/2021. Esse dispositivo regula os casos em que **não se poderá autorizar a prestação isolada**, o que sugere a *contrário sensu* que este tipo de organização do serviço é plenamente admissível no futuro, no interior da microrregião.

¹⁹ Isto acontece com a URSB 2 da Lei gaúcha mencionada, em seu art. 7º, § 4º. Da mesma forma, as leis da Bahia, Ceará e Paraná.

²⁰ No quesito de escassez de normas de estruturação e governança, as leis gaúcha e paulista são campeãs...

²¹ Art. 7º da Lei Complementar do Ceará nº 237/2021.

Art. 9º, §§ 1º e 3º da Lei Complementar nº 48/2019 da Bahia. Especialmente restritivo - e contrário mesmo ao espírito da prestação regionalizada - é o requisito do § 3º (semelhante ao art. 9º, § 3º da lei paranaense que será citado abaixo).

A Lei Complementar do Paraná nº 237/2021 traz as seguintes disposições relativas às condições para a prestação unificada:

“Art. 9º (...). § 2º A unificação mencionada no inciso III deste artigo ou qualquer ato decorrente das atribuições do caput deste artigo: I - pode se realizar mediante a consolidação dos instrumentos contratuais existentes; II - não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito, em especial os instrumentos contratuais e seus eventuais aditamentos.”

“Art. 9º (...). § 3º A unificação dos serviços públicos em municípios que possuem entidade ou órgão prestador de serviços públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário há, pelo menos, dez anos dependerá da aquiescência expressa do Município, por meio de manifestação inequívoca de seu representante no Colegiado Microrregional.”

