



A (DES)CONSTRUÇÃO DE UM MITO: A TITULARIDADE MUNICIPAL DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Gustavo Kaercher Loureiro¹

¹ Doutor em Direito pela UFRGS. Professor Associado de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), até 2014. Professor do Mestrado Profissional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos doutrina e jurisprudência seguem afirmando que os serviços de saneamento básico são da alçada municipal. Fazem isso a partir, sobretudo, de uma certa interpretação do art. 30, inc. V da Constituição, segundo o qual é competência dos Municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”. Dessa “constatação” – que pouco tem de efetiva constatação e muito tem de construção jurídica – decorre, tradicionalmente, outra, qual seja, de que o Município detém amplos poderes relativamente às atividades que integram esse serviço público.

Pois bem. Este artigo tem o propósito de submeter à exame a noção de titularidade no saneamento básico (em especial, nos serviços de água e esgotamento sanitário). Pretende-se demonstrar que, no direito brasileiro, a titularidade municipal dos serviços de água e esgoto tem um acentuado caráter mitigado (não pleno), o que a torna *sui generis* dentro do grande universo das distintas titularidades de serviços públicos. A partir de um certo momento histórico, o Município passou a estar acompanhado de outros entes federativos cujas competências na matéria “enfraqueceram” ou “debilitaram” as suas prerrogativas, de tal forma que é lícita até a dúvida sobre se a posição do Município é, de fato e de direito, a de um verdadeiro titular desses serviços públicos.

Procura-se justificar essas assertivas tanto por argumentos tirados da história do direito setorial quanto por considerações puramente dogmáticas.

Sob a primeira perspectiva serão repassadas as principais normas que ao longo da história da disciplina jurídica do saneamento cuidaram do tema. Um exame dos principais diplomas normativos mostra que, vencido o período “clássico” das concessões municipais (até meados da década de 50 do século passado), a legislação subsequente foi atribuindo paulatinamente à União e aos Estados vastas e diferentes competências como a de planejamento, a normativa – inclusive relativas a normas gerais de tarifas e à estrutura tarifária – a fiscalizatória, a de financiamento e mesmo a de execução de obras de infraestrutura de água e esgoto e de operação desses sistemas.

Essa tendência só fez aumentar ao longo de todo o sec. XX e culminou com a Constituição de 1988. Ao contrário do que se apregoa, esta foi, dentre todas as nossas Constituições, a que mais insistiu no que se poderia qualificar como *sistema partilhado* de competências em matéria de saneamento, distribuindo tarefas entre União (arts. 21, inc. XX e 23, inc. IX), Estados (arts. 23, inc. IX e 25 § 3º) e Municípios (arts. 23, IX e 30, inc. V). A “Constituição municipalista” foi a menos municipalista no saneamento básico, dentre todas as nossas Constituições.

Estabelecido o argumento histórico-normativo e partindo da Constituição de 1988, procede-se a um exame de alguns aspectos da Lei 11.445/2007, tal como reformulada em 2020 pela Lei 14.026/2020. A ideia é mostrar como o NMSB, sem ultrapassar às escancaras os modestos avanços

trazidos na ADI 1.842 sobre o tema, esvaziou ainda mais a titularidade dos Municípios em matéria de saneamento. Para tomar um exemplo dentre muitos – a prestação regionalizada é o mais vistoso – basta examinar quais, dentre as competências dos titulares fixadas no art. 9º da Lei 11.445/2007, **não está** limitada pela competência paralela de outros entes (União, Estados, Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA e Entes Reguladores Infranacionais – ERI's).

1. AS COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DE SANEAMENTO AO LONGO DA HISTÓRIA SETORIAL

1.1. Primeiras Décadas do sec. XX: o Período Clássico da Titularidade Municipal

As primeiras décadas do sec. XX foram aquelas em que se firmou a ainda hoje vigente convicção de que os serviços de água e esgoto são “de interesse local” ou de “peculiar interesse” do Município, para usar a fórmula de nossa primeira Constituição republicana¹ (e que seria repetida deste então, até a Constituição de 1967(69)).

E isto era compreensível: as rudimentares infraestruturas em base às quais tais serviços se organizavam e eram prestados sequer alcançavam a totalidade do núcleo urbano municipal. Por outro lado, a noção de “externalidades” era desconhecida e eventual necessidade de captação de água para além do território municipal não era sentida como capaz de dar ao serviço uma dimensão estadual (a única alternativa possível à época, visto que não havia ainda chegado o tempo dos entes administrativos situados entre os Estados e os Municípios).

O saneamento era, assim como a energia elétrica², os transportes urbanos e outras atividades de infraestrutura (comunicações), matéria de que se deveria ocupar o Município. Em termos jurídicos, tratava-se de uma manifestação de sua “autonomia” (sempre encarecida em nossas Constituições).

As formas jurídicas utilizadas para a prestação dos serviços de água e esgoto eram as mesmas empregadas para os demais serviços públicos urbanos: celebração de contratos com a iniciativa privada ou criação de órgãos (mais ou menos especializados) encartados no corpo da Administração Pública

¹ “Art 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.”

² Sobre o caráter municipal dos primeiros serviços de energia elétrica, v. o meu **A Indústria Elétrica e o Código de Águas – O Regime Jurídico das Empresas de Energia entre a Concession de Service Public e a Regulation of Public Utilities**, Porto Alegre: Fabris, 2007, Capítulo 2. Deve-se admitir, porém, que bem cedo da União passou a interessar-se pela energia elétrica, sobretudo por estar em questão, muitas vezes, o uso de potenciais hidráulicos situados em águas federais.

local (os “departamentos”). Só mais para o final do período é que surgiram também pessoas jurídicas destacadas do governo municipal, mas por ele controladas, as autarquias.

Quanto aos contratos, eram eles geralmente – nem sempre - qualificados como “concessões”, mas estavam longe de possuir um regime jurídico uniforme, de direito público. As razões para o emprego da expressão estavam centradas mais nas circunstâncias de se usarem bens públicos (vias públicas e água: concessão de bens do domínio público) do que na natureza (pública) do serviço (concessão de serviços públicos).

Esses primitivos ajustes eram fruto de negociações e barganhas entre o poder público local e empresários interessados em prestar o serviço (estávamos longe, ainda, da “prévia licitação” para a contratação e sequer tinham os Municípios *expertise* para formular editais, estudos de viabilidade etc.). Tanto o objeto dessas primitivas concessões como as condições de oferta do serviço eram estabelecidos caso a caso, sem obediência a marcos normativos ou a diretrizes de qualquer gênero.

Em síntese: uma assistemática mescla de concepções publicísticas e privatísticas dava o tom desses primeiros negócios jurídicos envolvendo a prestação dos serviços comunais³.

Já mais para o final do período (anos 20 e, especialmente, 30 do sec. XX), assiste-se a um movimento de retração da iniciativa privada do setor de saneamento. No lugar dela – que deixa de prestar o serviço em razão de encampações e, em alguns casos, caducidade – a comuna assume de vez o protagonismo na oferta das utilidades⁴.

Afastada a iniciativa privada⁵ e (ainda) não presentes os Estados e a União, o setor era, por excelência, uma matéria municipal⁶. Não são conhecidas, neste período, iniciativas intermunicipais – novidade

³ Sobre as características desses contratos, para o setor elétrico, v. as minhas **Instituições de Direito da Energia Elétrica - Volume I**, 2a. ed. [s.l.]: Quartier Latin, 2021.

⁴ “Na maior parte dos serviços de água, empresas privadas nacionais tiveram forte protagonismo, como é o caso da Companhia Cantareira em São Paulo. Houve também atuação de órgãos públicos da administração direta, que gradativamente encamparam os serviços privados a partir das primeiras décadas do século 20.” “A Evolução das Políticas de Saneamento Básico”, disponível em <https://pp.nexojornal.com.br/linha-do-tempo/2020/A-evolu%C3%A7%C3%A3o-das-pol%C3%ADticas-de-saneamento-b%C3%AAsico>

⁵ “Apenas duas empresas resistiram à encampação: a City of Rio de Janeiro, que manteve o contrato até 1947, e a City of Santos, até 1953”. CARVALHO, Vinícius Marques de. O Direito do Saneamento Básico – Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 107.

⁶ Disponha a Constituição de 1934: “Art 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente: (...) III - A organização dos serviços de sua competência. (...)” Em sentido semelhante foi a Constituição de 1937: “Art 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente: (...) c) à organização dos serviços públicos de caráter local.”

introduzida pelo art. 29 da Constituição de 1937⁷ – ou prestação de “assistência técnica” dos Estados aos Municípios - outra possibilidade que nossas Constituições passaram a reconhecer⁸.

Essa realidade de total isolamento e “senhorio” dos Municípios sobre os serviços estava, porém, por terminar.

1.2. A Primeira Fase da Interação Federativa

a.) Introdução

A partir de meados da década de 40 do século passado, assiste-se a uma mudança na postura da União e dos Estados, relativamente aos serviços de saneamento básico. Enquanto alguns melhoramentos urbanos como a indústria elétrica e a de comunicações começaram lentamente a “migrar” de forma decidida para outras esferas de competência (federal e estadual), os serviços de água e esgoto restaram formalmente de alçada local, mas sujeitos a “incursões” federais e estaduais sempre crescentes.

A chave de acesso ao setor de saneamento, tanto para a União quanto para os Estados, era a “saúde pública”, matéria de competência comum, federal e estadual desde a Carta de 1934⁹. A precária prestação dos serviços decorrente da falta de capacidade técnica, de gestão e de investimento dos Municípios era patente e era vista como um problema de saúde pública. Assim, paulatinamente, Estados e União assumem – em nome próprio ou em colaboração com os Municípios – novas e importantes tarefas (sobretudo de planejamento, financiamento, obras e disciplina econômico-financeira dos serviços de água e esgoto).

b.) O Plano Nacional para Financiamento de Abastecimento de Água e a Fundação Especial de Saúde Pública

Data de 1953 o primeiro plano nacional em matéria de saneamento. Tratou-se do Plano Nacional para Financiamento de Abastecimento de Água. Como seu nome já informa, a ênfase era o financiamento federal setorial. Ao lado do elemento econômico-financeiro, o Plano previa também um programa de capacitação técnica, que envolvia assistência e treinamento ao pessoal encarregado de organizar e

⁷ “Art 29 - Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins. Parágrafo único - Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma de sua administração.”

⁸ “Art. 13, § 3º - É facultado ao Estado a criação de um órgão de assistência técnica à Administração municipal e fiscalização das suas finanças.”

⁹ “Art 10 - Compete concorrentemente á União e aos Estados: (...); II - cuidar da saúde e assistencia publicas; (...).”

“Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...); f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade (sic) e a morbilidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; (...).”

prestar os serviços a nível local. Adicionalmente, o Plano teve o efeito de incentivar a cooperação entre os governos federal, estadual e municipal para garantir sua execução eficaz. Com o Plano Nacional inaugurava-se um *modus operandi* dos serviços de saneamento que marcou toda a história posterior desse setor: a cooperação – mais ou menos eficaz – federativa.

Alguns anos depois, a Lei 3.750/1960 reconheceu à União novas e significativas competências em matéria de saneamento básico, por meio da recém criada Fundação Especial de Saúde Pública – FESP. Mais uma vez, o elo entre saúde pública e saneamento básico se fazia sentir.

Nos termos do art. 2º da referida Lei, o ente federal poderia “estudar, projetar e executar empreendimentos relativos à construção, ampliação ou melhoria de serviços de abastecimento d’água e sistemas de esgotos”, bem como era-lhe dado “coordenar, organizar e administrar, mediante regime de acordo com as municipalidades interessadas, serviços de abastecimento d’água e de esgotos; (...)”¹⁰. Caso tal se desse, as obras e os serviços de saneamento seriam considerados **tarefas públicas federais**¹¹. A partir de 1960, portanto, a União poderia habilitar-se a atuar diretamente na prestação do serviço. Como logo se verá, o rumo tomado não foi, porém, esse.

De qualquer sorte, constata-se uma sempre mais robusta presença da União no cenário do saneamento básico, ainda que modo “obsequioso” à competência municipal, visto que não se questionou, nesse primeiro período de cooperação federativa, o caráter de “serviço local” do saneamento básico.

c.) O Departamento Nacional de Obras de Saneamento - DNOS

Dois anos após a Lei da Fundação Especial de Saúde Pública, a Lei 4.089/1962 fortaleceu outro ente federal que desempenharia papel de grande relevo nas ações da União em matéria de saneamento básico, o Departamento Nacional de Obras de Saneamento – DNOS.

Tornado uma autarquia por esta Lei, suas funções eram de largo espectro. A ele caberiam tanto as tarefas de realizar obras e prestar serviços de abastecimento de água e tratamento de esgotamento sanitário, quanto de entrar em cooperação federativa por via de “regime de colaboração com Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas”.

¹⁰ Art. 2º, alínea f da Lei 3.750/1960.

“Art. 4º A Fundação Serviço Especial de Saúde Pública poderá firmar acordos com os Governos Estaduais, territoriais e municipais, bem assim com outras entidades públicas ou privadas, para o fim previsto nas alíneas b, e e f, do art. 2º, bem como entrar em entendimentos com entidades públicas ou particulares, nacionais, internacionais ou estrangeiras, para o fim de obter cooperação e assistência de qualquer natureza, destinadas a promover o desenvolvimento dos programas de saúde e saneamento de sua competência.”

¹¹ “Art. 13. Os serviços da Fundação Serviço Especial de Saúde Pública serão considerados públicos federais, ficando, em consequência, os seus bens e atos isentos de todos os impostos ou contribuições federais, estaduais e municipais.”

Vale a pena reproduzir o dispositivo que instaura as competências do DNOS:

“Art. 2º Ao DNOS compete:

a) Orientar, superintender, planejar, estudar, projetar, executar, fiscalizar e controlar os empreendimentos ou assuntos relativos à construção, conservação, modificação, operação e exploração de obras de hidráulica e saneamento rural e urbano compreendendo fundamentalmente: drenagem, controle de inundação, abastecimento d’água e esgotos pluviais e sanitário; controle de poluição de cursos d’água e controle de erosão; (...).

e) Promover a realização de serviços e obras de saneamento rural e urbano, mediante regime de colaboração com os Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas, com o objetivo de complementar os planos regionais ou locais;

f) Prestar assistência técnica aos Estados e Municípios ao seu alcance; (...).

n) Zelar pelo cumprimento da legislação federal relacionada com a construção, operação e conservação dos serviços ou obras de saneamento rural urbano, ao uso de águas públicas, ao controle de poluição dos cursos d’água, ao aproveitamento e valorização das terras recuperadas por esses serviços ou obras e promover a atualização e o aperfeiçoamento das leis correlatas às suas atividades; (...).

§ 1º A realização de serviços ou obras de saneamento rural e urbano, bem como a assistência técnica prestada aos Estados e Municípios, serão reguladas mediante convênios, observado o regime de mútua participação financeira e o que dispuser a legislação pertinente e a regulamentação desta lei. (...).”

A par de dotar o DNOS de amplas atribuições, a Lei 4.089/1962 procurou também introduzir a padronização nos instrumentos que estabeleciam a cooperação interfederativa: era competência do Conselho Deliberativo do DNOS decidir sobre os “convênios-padrões, com os Estados, Municípios e entidades públicas ou privadas para a realização de serviços ou obras de saneamento rural e urbano; (...).” (art. 12).

Não elaboravam os Municípios os contratos, inclusive aqueles de eventual delegação da prestação do serviço. Sob tal esquema jurídico-institucional, os Municípios que pretendessem contar com algum tipo de auxílio do DNOS – e foram muitos - deveriam submeter-se aos acordos elaborados e aprovados pela autarquia federal. E mais: deveriam se submeter às regras editadas pela União (as quais envolviam, inclusive, padrões de serviço e normas tarifárias, cf. infra). Note-se a menção precoce à “legislação federal” (art. 2º, letra n, acima).

A configuração do arranjo que envolvia o DNOS e os Municípios sugere que o titular do serviço não só carecia de recursos para financiar as obras de saneamento básico para atendimento de seu território, como também não ditava ele a relação pactícia que estabelecia as bases da cooperação União/Estados/Municípios.

É digno de nota que a Lei 4.089/1962 parece ter inaugurado a prática de criação dos fundos setoriais, destinados a ter vida longa no setor. Por meio dela ficava criado "... o Fundo Nacional de Obras de Saneamento (FNOS) voltado à execução dos serviços e obras atribuídos ao DNOS nesta lei." (art. 14).

d.) O Banco Nacional de Habitação - BNH e o reforço do DNOS

Dois anos após a transformação do DNOS em autarquia federal, a Lei 4.380/1964 criou outro sujeito que também teria um papel muito relevante no setor de saneamento básico, qual seja, o Banco Nacional de Habitação – BNH. O banco seria responsável por prover fontes de custeio para financiar iniciativas no saneamento, dentre elas recursos oriundos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (adiante).

Vencidos outros dois anos, o Decreto-Lei 52/1966 voltou a tratar do fundo setorial gerido pelo DNOS, para exigir dos destinatários dos recursos (sobretudo os Municípios) um regime mais profissionalizado na prestação dos serviços de saneamento.

Dentre as condições impostas para outorga de financiamento estavam "a adoção de tarifas reais de serviços", a "adoção de projetos técnicos e apresentação de...estudos de viabilidade econômico-financeira da operação". Não por último, o Decreto-Lei 52/1966 exigia a "instituição de órgãos autônomos, com organização administrativa adequada para operação e manutenção dos sistemas a implantar ou ampliar".

É digno de nota que, nada obstante as dificuldades e a reconhecida pouca eficiência da gestão municipal, as normas do período seguiam pressupondo que a prestação do serviço (ainda) era de responsabilidade da comuna. Mas essa presunção parece ser quase que meramente formal, já que por esta época um complexo aparato federal, de planejamento, financiamento, execução de obras e mesmo de edição de normas encontrava-se plenamente atuante no setor.

Como quer que seja, essas condições e exigências lançadas em normas legais federais foram detalhadas no ano seguinte pelo Decreto 60.504/1967. Dentre as medidas do regulamento, despontam a reiteração da necessidade de constituição do órgão (municipal) autônomo de prestação dos serviços em Municípios com mais de 10.000 habitantes (art. 9º) e a prática de um sistema tarifas "reais, elaborado de acordo com as normas em vigor, baixadas pelo DNOS, de forma que assegure arrecadação suficiente para amortização do financiamento referido (...) bem como despesas com a operação, manutenção e administração, peculiares ao sistema a implantar."

A titularidade municipal via-se mais e mais comprimida. Como se constata, não apenas estavam os Municípios vinculados a “convênios-padrão”, como também deveriam praticar tarifas estruturadas por um ente federal, caso desejassem aceder a financiamentos da União.

e.) A Constituição de 1967(69)

A Constituição de 1967 trouxe novidades interessantes que, porém, tiveram vida curta. O § 4º do art. 16 – revogado pela EC /1969 - previa que os Municípios poderiam “celebrar convênios¹² para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução ficaria dependendo de aprovação das respectivas Câmaras Municipais.” Essa iniciativa não vingou, mas sua supressão não eliminou a figura do “convênio”, de contornos amplos e própria da teoria geral do direito administrativo.

Vida mais longa teve o instituto das regiões metropolitanas, previsto na Constituição de 1967¹³ e mantido em 1969. Nos termos do art. 164, previa-se que “[a] União, mediante lei complementar, poderá para a realização de **serviços comuns**, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade socioeconômica.”

O dispositivo constitucional foi atuado pela Lei Complementar (federal) 14/1973. Por esta Lei restaram criadas 8 regiões metropolitanas, cada qual congregando a capital estadual e Municípios limítrofes, todas elas com as mesmas atribuições e estrutura. Dentre os serviços de interesse comum encontravam-se a distribuição de água e esgotamento sanitário (art. 5º, inc. II). Quanto à estrutura de governança, era marcada a hegemonia estadual, tanto na composição dos órgãos da região metropolitana (Conselho Deliberativo e Conselho Consultivo), quanto nas suas atribuições. Por meio desse mecanismo – instituição da região metropolitana – fazia-se mais um avanço por sobre as prerrogativas dos poderes locais. O serviço deixava de ser “de peculiar interesse” dos Municípios arrolados na região metropolitana e passava a ser “de comum interesse”, o que deslocava o eixo de controle das atividades assim consideradas. Dado o conteúdo da Lei Complementar 14/1973 não seria demasiado afirmar que, no caso das regiões metropolitanas, a titularidade do serviço passava a ser estadual (e não intermunicipal).

¹² Com a EC 1/1969 a figura dos convênios ficou deveras limitada. “Art. 13 (...). § 3º A União, os Estados e Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais. (...).”

¹³ “Art. 157 (...). § 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade socioeconômica, visando à realização de serviços de interesse comum.”

1.3. A Política Nacional de Saneamento e o (Novo) Plano Nacional de Saneamento

O ano de 1967 viu nascer a (primeira?) “Política Nacional de Saneamento”. Ela foi veiculada pela Lei 5.318/1967.

Esta Lei principia com a afirmação da relação necessária entre saneamento básico e saúde (art. 1º) e caracteriza a Política Nacional de Saneamento como o “conjunto de **diretrizes** administrativas e técnicas destinadas a fixar a ação governamental no campo do saneamento” (art. 1º, grifou-se).

Depois de definir os serviços de saneamento¹⁴, a Lei 5.318/1967 criou, no âmbito do Ministério do Interior, o Conselho Nacional de Saneamento – CONSANE, órgão colegiado – composto de um Conselho Pleno e de uma Comissão Diretora. Esta última tinha por macro-funções “o planejamento, coordenação e controle da Política Nacional de Saneamento” (art. 3º). Nos termos de seu art. 5º, para o desempenho dessas tarefas, competia-lhe “manifestar-se sobre o Plano Nacional de Saneamento”, bem como “pronunciar-se sobre os critérios que regerão os convênios a serem firmados em decorrência do Plano Nacional de Saneamento” (art. 5º, a e b).

Nesse novo arranjo institucional a presença dos Estados e Municípios estava limitada a dois pontos. Primeiro: dentre uma miríade de representantes das distintas esferas do governo federal, era reservado um (único) assento no Conselho Pleno do CONSANE à Associação Brasileira de Municípios e outro a “cada um dos Governos dos Estados” (art. 6º). Mais adiante, o art. 7º da Lei 5.318/1967 estabelecia como competência da Comissão Diretora do CONSANE “colaborar com os Estados e Municípios na **criação de entidades estaduais de saneamento** e órgãos municipais autônomos que assegurem a operação e administração dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotos sanitários” (grifou-se).

Começam os Estados, com essas disposições, a assumir, formalmente, a tarefa de prestar os serviços de saneamento básico. Está-se inserindo mais uma cunha na titularidade municipal.

Por fim, merece destaque na Lei 5.318/1967 o Plano Nacional de Saneamento cuja elaboração era de responsabilidade da Comissão Diretora do CONSANE. Aprovado pelo Conselho Pleno, o Plano Nacional seria executado, na esfera federal, pelo DNOS e pela Fundação Serviço Especial de Saúde Pública, mediante a celebração de convênios com Estados e Municípios (art. 11).

Sempre na esfera nacional, o Decreto-Lei 949/1969 deu um passo decisivo no avanço dos sistemas de saneamento: por ele ficava o BNH autorizado a aplicar, nas operações de financiamento para redes

¹⁴ “Art. 2º A Política Nacional de Saneamento abrangerá: a) saneamento básico, compreendendo abastecimento de água, sua fluoretação e destinação de dejetos; b) esgotos pluviais e drenagem; c) controle da poluição ambiental, inclusive do lixo; d) controle das modificações artificiais das massas de água; e) controle de inundações e de erosões.”

de água e esgoto, além de seus próprios recursos, aqueles do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS. O mesmo diploma estabelecia que teriam preferência para receber os financiamentos os Estados e/ou Municípios que tivessem já instituído fundos locais (ou estaduais), os chamados Fundos de Financiamento para Água e Esgotos – FAE's, de responsabilidade primária dos Estados.

Como se constata, variadas eram as fontes de recursos para os serviços de água e esgoto: havia aquelas federais, que eram, de longe, as mais importantes e melhor organizadas¹⁵; mas havia também aquelas estaduais e, com menor relevância, as municipais.

É por esta época que a configuração institucional e empresarial do setor começará a mudar radicalmente: no lugar dos órgãos ou pessoas jurídicas vinculadas ao poder público municipal, os tradicionais prestadores, a disciplina setorial passou a privilegiar a prestação do serviço por entes estaduais. O “localismo”, num testemunho da época, não havia funcionado:

“Exploração inadequada dos serviços, em sua maioria por entidades municipais carentes de recursos humanos, técnicos e financeiros.

Visão estritamente local dos problemas de abastecimento de água e de esgotos sanitários¹⁶.”

Está por inaugurar-se a época do PLANASA. Grosso modo, ele foi o modelo hegemônico de organização dos serviços de saneamento entre as décadas de 70, 80 e, em parte, 90 – e em muito reduziu as prerrogativas e poderes municipais. Com o PLANASA, a par das já robustas competências da União (cf. supra), os Estados entravam decididamente no setor.

1.4. O PLANASA¹⁷

f.) Introdução

Como apontado acima, o PLANASA é o desenvolvimento natural das práticas que vinham se consolidando a partir da década de 60 do século passado, sem, porém, um elemento que as

¹⁵ A Portaria 273/1968 do Ministério do Interior autorizou a instituição do Sistema Financeiro do Saneamento (SFS), gerido pelo BNH. Os recursos vinham de empréstimos junto ao Banco Nacional de Habitação, de recursos estaduais e de dotações a fundo perdido. Compunham o SFS o BNH, governos estaduais, agentes financeiros, cias. estaduais de saneamento, órgãos técnicos e empresas privadas.

¹⁶ PIRES, Irvando Mendonça, O Atual Estágio do Planasa, in: **9º Congresso Brasileiro de Engenharia Sanitária**, Belo Horizonte, MG: ABES, 1977, p. 30

¹⁷ COSTA, Ilton Garcia; PIEROBON, Flávio; SOARES, Eliane Cristina, A Efetivação do Direito ao Saneamento Básico no Brasil: do Planasa ao Planasb, *Meritum*, v. 13, n. 2, 2018; BORMA, Vera de Simone et al, Contexto Histórico Brasileiro do Saneamento Básico - PLANASA, PLANASAB, PNSB e Lei nº 14.026/2020, in: **Artigos - Novo Marco de Saneamento Básico**, 1. ed. Florianópolis: Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas, 2022; GOMES, Gabriel Jamur; COSTA, Silvana Hoshino da, Trajetória institucional do saneamento básico: do Planasa à Lei nº 14.026/2020, *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, v. 78, p. 215–247, 2022; PAULINO, Anderson, A trajetória da

caracterizava até então: a insistência na municipalização dos serviços de saneamento. Este aspecto foi abandonado em favor do fortalecimento das empresas estaduais que estavam sendo criadas.

Sob uma perspectiva jurídica, com o PLANASA estava-se a apenas um passo de desferir o “golpe de misericórdia” no caráter local dos serviços de saneamento, qual seja, retirar-lhes a decisão acerca de como prestar o serviço, se diretamente ou por delegação.

A eliminação dessa prerrogativa, porém, não ocorreu, de sorte que a adesão ao PLANASA (e à “estadualização” dos serviços de saneamento) permaneceu voluntária. Mas, sob uma perspectiva material, aos Municípios que aderiram ao PLANASA pouco restava: limitavam-se a decidir pelo ingresso e, uma vez inseridos no sistema ficavam jungidos aos convênios de delegação que vinham já prontos e acabados das esferas federal e estadual, e se submetiam aos padrões de operação e econômico-financeiros das companhias estaduais. Financiamentos, obras, planejamento, estrutura e regime tarifário (e de subsídios), normas de serviço e de relação com o usuário, além de outros aspectos da oferta de água e esgoto, passaram, todos, ou à União ou aos Estados.

Em síntese: o Município possuía uma “titularidade oca” que vinha sendo erodida desde, pelo menos, a década de 50 do século passado. Com o PLANASA era erosão foi quase total.

g.) Visão geral do PLANASA

O PLANASA não tem uma certidão de nascimento formal, pois, previsto na Lei de 1967, não foi veiculado por lei alguma, quando elaborado. 1971 é o ano em que foi formulado e começou a ser posto em prática, depois de alguns anos de experimentos estaduais e de ações preparatórias, sobretudo a cargo do Banco Nacional de Habitação - BNH¹⁸.

Formalmente, o PLANASA tinha uma clara repartição de competências: (1.) À União cabia (1.1.) o planejamento macro, de dimensão nacional; (1.2.) uma parte significativa do financiamento setorial e (1.3.) o estabelecimento da política tarifária e, neste âmbito, a edição de normas gerais de tarifação do setor. (2.) Aos Estados tocava (2.1.) auxiliar no financiamento setorial e, sobretudo (2.2.) criar e estruturar companhias estaduais de saneamento em moldes empresariais e capazes de atender, idealmente, todo o território estadual. Aos Municípios cabia um papel completamente secundário (3.) o

regionalização dos serviços públicos de água e esgoto: do PLANASA ao Novo Marco Regulatório, **Marco regulatório do saneamento básico. Lei 14.026/2020**, 2021.

¹⁸ “Em fins de 1967, o Banco Nacional de Habitação foi incumbido pelo Ministério do Interior de proceder ao diagnóstico do problema do saneamento básico no país, no sentido de se garantir suporte administrativo, técnico e financeiro adequado à sua solução permanente, de forma que viesse a ser consolidado um plano nacional quando a experiência assim o permitisse (...). “Os estudos desenvolvidos demonstraram que uma das condições básicas de viabilização dos objetivos do PLANASA repousava na necessidade da existência, em cada estado, de empresa estatal de saneamento, incumbida da implantação, operação e manutenção dos sistemas locais de esgotos sanitários e de abastecimento de água.” Plano Nacional de Saneamento - PLANASA - Aspectos Básicos, **Conjuntura Econômica**, v. 28, n. 3, 1974.

de delegar a prestação dos serviços de água e esgoto às companhias estaduais. A estas últimas cumpria (4.) prestar o serviço e estabelecer os padrões técnicos de atendimento aos usuários, bem como, em muitos casos, estabelecer os planos nas áreas em que atuavam.

Quanto ao ponto (3.), é importante que reparar que, nada obstante a exigência legal de padronização dos convênios, com o tempo afrouxou-se tal requisito, de tal sorte que, sobretudo no período final do PLANASA, não havia mais uma forma jurídica consagrada, por meio da qual realizar a delegação da prestação do serviço. A terminologia era variada e oscilante e os arranjos também variegados, mutáveis ao sabor das conveniências e possibilidades políticas, ou do maior ou menor rigorismo no trato do tema (e, lembre-se: faltava uma “lei geral”, nacional, que disciplinasse tanto concessões quanto relações interfederativas). Assim, encontram-se “concessões”, “convênios”, “acordos de cooperação”, “termos de parceria” e quejandos. Em não poucos casos, inclusive, sequer formalização da delegação havia (são os “instrumentos de natureza precária” de que fala o art. 10 da Lei 11.445/2007).

Essa espécie de “desleixo jurídico” tinha, à época, pouco efeito prático. Toda a “inteligência” do serviço estava armazenada ou no próprio delegado (a companhia estadual) ou nas normas nacionais que cobriam, sobretudo, a política tarifária do setor.

O ano de 1978 marca um momento fundamental para o PLANASA e para o setor em geral.

h.) A base jurídica (tardia) do PLANASA

São desse ano a Lei 6.528 e seu regulamento, o Decreto 82.587¹⁹. Por meio deles, o PLANASA passava a ser dotado de uma sólida base jurídica.

Determinava a Lei 6.528/1978 competir ao Ministério do Interior estabelecer “as condições de operação dos serviços públicos de saneamento básico integrados ao Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANASA”, no que se incluía “estabelecer normas gerais de tarifação” e “coordenar, orientar e fiscalizar a execução dos serviços de saneamento básico” (art. 1º). Ainda segundo a Lei, “as tarifas obedecerão ao regime do serviço pelo custo, garantindo ao responsável pela execução dos serviços a remuneração de até 12% ao ano sobre o investimento reconhecido” (art. 2º, § 2º).

Para a boa execução dessas regras gerais, caberia às companhias estaduais realizar “estudos para fixação de tarifas” (art. 2º, *caput*).

Nenhum outro papel era reservado aos Municípios, salvo o de delegar o serviço.

¹⁹ Em 1968 a Portaria 273 do Ministério do Interior autorizou a instituição do Sistema Financeiro do Saneamento, do qual o BNH foi designado o órgão central e decisor.

Nos termos do Decreto 82.687 caberia ao Ministério do Interior: (a.) fixar as metas do PLANASA (nível de atendimento e prazos); (b.) coordenar e controlar a execução do PLANASA, o que seria feito por meio do BNH; (c.) expedir as normas gerais sobre fixação de tarifas (art. 6º); e (d.) conceder reajustes tarifários (art. 6º).

Por sua vez, ao BNH tocava (a.) analisar e aprovar os planos estaduais de saneamento integrados no PLANASA; (b.) exercer fiscalização técnica, contábil, financeira e do custo do serviço; (c.) analisar e aprovar os planos, estudos e propostas tarifárias das companhias estaduais; (d.) “coordenar, orientar e fiscalizar a execução dos serviços de saneamento básico” (art. 7º).

Aos Estados cumpria (a.) aportar recursos e (b.) “assegurar a gestão eficiente das companhias estaduais...e dos Fundos de Financiamento para Água e Esgotos” (art. 8º). Por fim, às companhias estaduais tocava “executar a **programação estadual de saneamento básico**, em consonância e metas do PLANASA” (art. 9º, grifou-se), bem como propor, no detalhe, estruturas e tarifas condizentes com suas realidades.

Também no regulamento da Lei não se encontrava palavra alguma sobre as competências dos Municípios. Era como se não existissem juridicamente.

A par de repartir competências, o Decreto 82.587/1978 trouxe ainda importantes normas sobre tarifação dos serviços de saneamento básico. Ocupou-se de estrutura tarifária, de classificação de usuários, da tarifa média, de aspectos do custo (“prudente”) do serviço, de depreciação e amortização bem como de remuneração do investimento, estabelecido em 12% (a remuneração era o “resultado da multiplicação da taxa de remuneração autorizada pelo investimento reconhecido”, cf. art. 24).

Com um arranjo assim concebido, é certo que a base de consideração do que seja a situação de equilíbrio econômico-financeiro não repousava mais nos contratos individualmente considerados, mas sim no universo todo de operação da companhia estadual. Aliás, falava-se em situação de equilíbrio *da empresa e não do contrato*²⁰.

Este era o ponto fundamental: deslocar o eixo econômico dos serviços de saneamento básico, da consideração atomizada dos contratos municipais para a rede de contratos economicamente interligados. Só assim – esta era a narrativa do PLANASA – seriam atingidos objetivos cruciais: ganhos de escala, auto-sustentabilidade das empresas no médio prazo (que passariam a cobrar tarifas

²⁰ “A partir da implantação do PLANASA, em consequência de sua mais apurada estruturação técnica, pôde-se adotar o método de viabilidade econômico-financeira global para o conjunto de sistemas integrantes de cada programa estadual, representado pelo estudo de viabilidade da própria Empresa Estadual, em lugar da exigência convencional de viabilidade isolada para cada sistema municipal de água e/ou esgoto. Com a adoção desse princípio, através do Planasa torna-se viável o atendimento a qualquer município brasileiro, mesmo os de menor população ou poder econômico (...). Através desse processo, no âmbito de cada Estado os sistemas das cidades mais pobres, considerados inviáveis, isoladamente, terão seu déficit coberto pelo superávit dos municípios mais ricos, garantindo ainda que o valor da tarifa mínima seja suportável pelas famílias de renda mais baixa. PIREs, Irvando Mendonça, O Atual Estágio do Planasa, in: 9º Congresso Brasileiro de Engenharia Sanitária, Belo Horizonte: ABES, 1977., cit., p. 33 (grifou-se).

realistas e deixariam de depender dos financiamentos e fundos setoriais) e, sobretudo, atendimento dos Municípios “menos favorecidos”, por meio do mecanismo de subsídios cruzados²¹.

Tudo isto seria obtido sob a batuta da União (ente de planejamento, regulação e financiamento), coadjuvada pelos Estados e por suas empresas.

Deste modo andaram as coisas até princípios da década de 80 do século passado.

i.) O fim do PLANASA

Assim como não há um ato legislativo que certifique o nascimento do PLANASA, seu fim enquanto arranjo jurídico-institucional não foi atestado por lei positiva alguma: pouco a pouco – e por diversos fatores econômicos, políticos, sociais etc²². – as peças dessa complexa engrenagem foram deixando de funcionar, até o ponto em que o país deixou de ter uma verdadeira *política nacional* para o saneamento – algo que só retornaria em 2007, com a edição da Lei 11.445/2007.

O legado do final do PLANASA foi deixar as companhias estaduais prestando o serviço em bases precárias, em grande parte do território dos respectivos Estados da Federação, à exceção de uma minoria – não irrelevante – de Municípios que atuavam por meio de departamentos ou, mais comumente, autarquias ou empresas públicas municipais. As concessões em sentido estrito eram reduzidíssimas.

²¹ Os municípios, detentores da titularidade dos serviços públicos de saneamento, eram incentivados a aderir ao modelo em troca de investimentos do Banco Nacional de Habitação (BNH). A lógica do plano era garantir a redução de custos de planejamento e investimento e a obtenção de ganhos de escala, bem como possibilitar mecanismos tarifários de subsídios cruzados, tornando tornando viável a expansão do sistema a pequenos municípios e regiões mais pobres. Grande parte dos municípios (3.200 de 4.100 então existentes) aderiu ao plano, concedendo os serviços à exploração pelas CESB.” TEIXEIRA, Daniel Viana; **Política de Saneamento Básico no Brasil - Despolitização e Tecnocratização**, in MIRANDA, JOÃO; MARQUES, RUI CUNHA; SAMPAIO, PATRÍCIA E SAMPAIO, Rômulo, **Estudos de Direito do Saneamento**, Lisboa/Portugal: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas Centro de Investigação de Direito Público, 2020, p. 339. (grifou-se)

²² “Em 1986 o BNH foi extinto por meio do Decreto-Lei 2.291/1986, passando o PLANASA a administração da Caixa Econômica Federal. Em 1990 por meio do Decreto-Lei 99.240/90 foi extinto o DNOS órgão responsável pela execução do PLANASA junto com o BNH (FARIA; FARIA, 2004, p.204), o que acabou por encaminhar o encerramento do plano nacional de saneamento que havia começado na década de 70.

A extinção do PLANASA foi caracterizada por uma desestruturação nas bases do modelo, provocada por alguns fatores tais como o desequilíbrio financeiro proveniente da inadimplência das CESBs, a não-adesão ao modelo por alguns municípios de porte médio das Regiões Sul e Sudeste, a redução das transferências a fundo perdido da União para o Sistema Financeiro do Saneamento (SFS) e os problemas de manutenção das tarifas em valores reais (FARIA; FARIA, 2004, p. 205)

Com a extinção da PLANASA o Estado brasileiro ainda estabeleceu algumas orientações em âmbito nacional, mas nada equivalente a um plano de ações nacional de efetivação do saneamento básico.” COSTA; PIEROBON; SOARES, *A Efetivação do Direito ao Saneamento Básico no Brasil: do Planasa ao Planasb*.

1.5. A Constituição de 1988

j.) Introdução

Pretende-se, nesta Seção dedicada à Constituição de 1988 demonstrar que especificamente em matéria de saneamento ela foi a *menos municipalista* de nossas Cartas.

A afirmação soa um tanto herética. Afinal, costuma-se dizer que a Constituição de 1988 consagrou o Município como um ente (autônomo) da Federação, ao lado da União e dos Estados, coisa que nenhuma anterior fizera. Com efeito, a assertiva procede e basta ler o art. 1º, e especialmente, o art. 18 para se dar conta disso: “[a] organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

Por outro lado, esse reconhecimento, genérico e vago como é, pouco informa sobre um ponto tão específico como o da relação da comuna com os serviços de água e esgoto. Em momento algum a Constituição de 1988 asseverou caber aos Municípios a gestão dos serviços de saneamento básico (como fez para o caso do transporte coletivo). Nesse ponto está-se onde sempre se esteve: a titularidade municipal dos serviços de saneamento depende de interpretação de textos constitucionais, em particular, depende da interpretação que se der à expressão “interesse local”, empregada no inc. V do art. 30 (como antes se dependia da compreensão do que seria o “peculiar interesse” municipal). Antes, porém, de enfrentar esse tema, convém analisar outros dispositivos da Carta.

k.) Os textos constitucionais que tratam explicitamente sobre saneamento básico

Além de ser a primeira a consagrar o Município como sujeito integrante da Federação, a Constituição de 1988 foi também a primeira a mencionar o saneamento básico. Sob as Constituições anteriores, o máximo que se conseguiria seria postular uma referência indireta ao saneamento básico, abrigado sob o manto das competências e atividades relacionadas com a saúde pública (e um resquício disso existe ainda hoje na Constituição (cf. supra).

Quanto à Constituição de 1988 por *três* vezes vem mencionado o saneamento básico. E, em todas, para afirmar competências que passam ao largo da titularidade municipal dos serviços. Muito antes pelo contrário.

O art. 21, inc. XX da Constituição é o único que imputa uma competência específica em matéria de saneamento. Ele atribui à União, em caráter de exclusividade, uma missão fundamental, (normalmente) típica da titularidade. Diz o dispositivo em comento que “[c]ompete à União: (...); instituir diretrizes para o (...) saneamento básico.”

Não é tarefa desse estudo aprofundar o exame do que sejam “diretrizes”. Se a noção de “norma geral” já é um tormento hermenêutico, o que dizer de *diretrizes*... Que se fixe, então, apenas isto: como quer que se entenda, dogmaticamente, a figura das “diretrizes” a Constituição atribuiu ao ente federativo central a competência exclusiva de editar normas estruturantes em matéria de saneamento básico.

A segunda norma que encontraremos no texto constitucional é o art. 23, inc. IX. Ali se afirma ser “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios... promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.”

Mais uma vez o intérprete tropeça em dificuldades que não precisam ser aqui superadas. O ponto a ressaltar e que interessa a esse estudo diz respeito à circunstância de que a expressão “promover a melhoria das condições de saneamento” não designa uma figura jurídica (bem) delineada e muito menos uma específica competência juridicamente identificada. A “promoção da melhoria” de algo toma diferentes conteúdos ou sentidos à medida em que variam as situações concretas que desencadeiam a ação pública (federal, estadual ou municipal) fundada no art. 23, inc. IX. Em princípio, o dispositivo tem potencial para abrigar todos os tipos de competências jurídicas, como a normativa, a material e a prestacional, dentre outras.

O terceiro dispositivo que faz menção expressa ao saneamento básico tem por objeto principal o tronco de onde brotou (e depois se autonomizou?) o saneamento básico, a saúde pública. Reza o art. 200, inc. IV da CRFB que “[a]o sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...); participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (...).”

Como se percebe, não há, até aqui, qualquer sinal de prerrogativa exclusiva do Município, ou dispositivo que o coloque em posição peculiar em relação à União ou Estados. Tomados apenas os textos que referem expressamente o saneamento, quem tem a preeminência é a União Federal (art. 21, inc. XX). Quanto ao mais a Constituição privilegiou - nos arts. 23, inc. IX e 200, inc. IV - a ação comum em matéria de saneamento básico.

Repassadas estas normas, que o que ressaí do conjunto? Sinteticamente, temos o seguinte:

- (i.) A Constituição de 1988 foi a primeira de nossa história a mencionar expressamente o saneamento básico, tendo-lhe dedicado três distintos textos normativos. Anteriormente, o tema restava encoberto sob o manto da saúde pública.
- (ii.) O único ente da Federação que recebeu um encargo-competência específico em matéria de saneamento foi a União Federal. É dela a prerrogativa (e o dever) de editar diretrizes na matéria.
- (iii.) Aos demais entes (e à própria União) compete, em comum e sem hierarquia de qualquer gênero, a promoção da melhoria das condições de saneamento básico. As incumbências

comuns do art. 23, inc. IX são juridicamente indeterminadas de sorte que podem conter (ou não) competências normativas, prestacionais, de planejamento etc.

- (iv.) O art. 200, inc. IV da Constituição resgata o antigo vínculo saúde (pública)/saneamento básico num contexto de ação federativa União/Estados/Municípios integrada e onde não tem valência jurídica a noção de titularidade (Sistema Único de Saúde), mas, antes, as de cooperação e articulação.

Se não nesses dispositivos, onde encontrar, então, a titularidade municipal?

I.) Os arts. 25, § 3º e 30, inc. V da Constituição e a ADI 1.842

Esta breve resenha dos textos constitucionais que interessam ao saneamento básico não seria completa sem a menção a dois dispositivos que, embora não refiram expressamente esses serviços (são mais amplos), aparecem a todo o instante quando se trata do tema. São eles o art. 25, § 3º e o art. 30, inc. V da Constituição.

Pelo primeiro, os Estados da Federação têm a prerrogativa de “mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.” Pelo segundo, é competência dos Municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”.

De um lado “funções públicas de interesse comum”; de outro lado, “serviços públicos de interesse local”. Essas duas normas parecem ir em direções opostas.

No caso do art. 25, § 3º, se usada uma das figuras que ele prevê – região metropolitana, microrregião ou aglomeração urbana – instaura-se em relação à função pública de uso comum um “condomínio de titulares” envolvendo Estado e Municípios (compulsoriamente) integrados numa estrutura (normalmente) dotada de personalidade jurídica (provavelmente: uma autarquia interfederativa) e de órgãos de governança que garantam equilíbrio na representação de seus integrantes. Este é, muito resumidamente o saldo da ADI 1.842, julgada em 2013. E é também o saldo do art. 8º, inc. II da Lei 11.445/2020 na versão que lhe deu a Lei 11.445/2007.

Em resumo: quando há uma função pública de interesse comum deixa de haver o interesse local e dilui-se a titularidade do serviço - a qual passa para o ente interfederativo ou para um condomínio constituído pelos Municípios e pelo Estado²³.

²³ Seja lembrado aqui o art. 6º da Lei 13.089/2015 que reconhece a “prevalência do interesse comum sobre o local” (art. 6º, inc. I).

Como se constata, todos os dispositivos constitucionais vistos até o momento estão longe de reconhecer à comuna o papel de protagonista dos serviços de saneamento básico.

Resta, porém, um, que vale repetir:

Art. 30. Compete aos Municípios: (...);

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

A primeira observação a fazer é deveras óbvia: o texto constitucional não menciona o saneamento básico (como nos dispositivos vistos antes), de tal sorte que a qualificação desses serviços como municipais é fruto de interpretação jurídica, mais precisamente, de uma *construção jurídica*, visto ser a expressão “interesse local” um conceito indeterminado. Essa construção, feita no início do século passado vem sendo mantida longo do tempo (quase que por inércia, dir-se-ia). Mas, no mínimo, não ofenderia a *literalidade do texto* do inc. V do art. 30, uma interpretação que excluísse, hoje, do rol dos serviços municipais, o saneamento básico.

A segunda observação diz respeito ao caráter mutável, tanto da interpretação do que seja “interesse local” quanto dos serviços que são tidos por municipais. Nos primórdios do sec. XX, por exemplo, os serviços de energia elétrica eram, tanto quanto o saneamento básico, matéria de “peculiar interesse” municipal. Com o tempo, contudo, partes distintas do serviço de energia foram deixando a esfera comunal, para ingressarem no terreno estadual e federal. Assim, por exemplo, a geração de energia hidráulica passou bastante cedo para a esfera federal, o mesmo ocorrendo com a transmissão regional, que migrou para o plano estadual. Finalmente, com a Constituição de 1967 todos os serviços públicos de energia elétrica passaram a ser de titularidade da União²⁴. Esse itinerário feito pelo setor elétrico sugere que o fato de que, em algum momento, determinado serviço foi de “peculiar interesse” do Município não justifica que, mudadas as circunstâncias, tenha ele de permanecer sendo tal.

Em terceiro lugar, é interessante notar que o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.842, quando instado a se manifestar sobre o problema das funções de uso comum e, em particular, sobre o saneamento básico em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões teceu uma série de considerações bastante amplas sobre a conveniência de tratar o saneamento básico de forma

²⁴ Sobre isso, v. KAERCHER LOUREIRO, *A Indústria Elétrica e o Código de Águas – O Regime Jurídico das Empresas de Energia entre a Concession de Service Public e a Regulation of Public Utilities*.

integrada, considerações essas que ultrapassam a hipótese que estava sob julgamento, e que poderiam, assim, ser usadas para justificar quaisquer formas de agrupamento municipal²⁵.

Em quarto lugar, e na esteira da ADI 1.842, é forçoso reconhecer que circunstâncias como as externalidades envolvidas tanto na captação e distribuição de água quanto na coleta, tratamento e disposição de esgotamento sanitário, somadas à inequívoca necessidade de uma estrutura de subsídios cruzados, integração de infraestruturas e outras características atuais do setor de saneamento básico sugerem que se revise o tema da titularidade municipal.

Encerradas essas considerações mais dogmáticas do que históricas sobre a Constituição de 1988, convém retomar a linha do tempo.

1.6. A Situação Pós-1988 (As Tentativas Malogradas de Implementar uma Política Pública Nacional)

Nada obstante a atenção dispensada pela última Constituição brasileira, a disciplina legislativa básica do setor (as diretrizes nacionais) só veio à luz quase 20 anos após a promulgação da Carta de 1988. Nesse meio tempo, algumas tentativas malogradas foram feitas e programas pontuais elaborados.

Data de março de 1991 o Projeto de Lei 53/1991 que pretendia dispor sobre “a Política Nacional de Saneamento” bem como sobre os respectivos instrumentos. Para o que aqui interessa, o PL 53/1991 partia de uma dicotomia bastante nítida acerca da titularidade: seriam dos Municípios todos os serviços de saneamento que não se encontrassem organizados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, vez que esses seriam de competência dos Estados (e só deles, cf. art. 5º do PL²⁶). Mas, mesmo em face dos serviços municipais, caberia aos Estados elaborar planos quadrienais, para “assistir aos Municípios em suas necessidades de saneamento” (art. 8º, II do PL 53/1991). À União eram reservadas as já tradicionais competências de financiamento setorial e de planejamento nacional.

²⁵ Assim se expressou no Voto condutor, o Ministro Gilmar Mendes: “Por um lado, as próprias circunstâncias naturais e o elevado custo para a adequada prestação do serviço público e principalmente para instalação e manutenção da infra-estrutura necessária (...) demandam expressivos aportes financeiros, além de condições técnicas, que nem sempre estão ao alcance da grande maioria dos Municípios brasileiros.

Além disso, o serviço de saneamento básico constitui monopólio natural, pois os custos fixos de implantação e manutenção do sistema são tão elevados que uma única fornecedora pode atender a toda demanda com custo menor que múltiplas fornecedoras. Assim, a configuração de monopólio natural revela não só ser inexecutável o estabelecimento de concorrência na prestação de serviço de saneamento básico, como também indica que a reunião da demanda de municípios limítrofes pode reduzir custos e tornar o serviço mais atrativo para concessionários privados. **Notoriamente, poucos são os municípios que por si sós têm condições de atender adequadamente à função pública de saneamento básico.** Normalmente, o próprio acesso aos recursos hídricos depende da integração das redes de abastecimento entre diversos municípios. **Captação, tratamento, adução, reserva, distribuição e, posteriormente, recolhimento e condução do esgoto, bem como sua disposição final indicam várias etapas que usualmente ultrapassam os limites territoriais de um dado município. Ademais, raras comunidades compreenderiam isoladamente poder aquisitivo suficiente para atrair o interesse de concessionários privados ou para custear diretamente a prestação dos serviços inerentes ao saneamento básico.** Por outro lado, a inadequação na prestação da função pública de saneamento básico enseja problemas ambientais e de saúde pública que afetam comunidades próximas, principalmente nos casos em que se verifica o fenômeno da conurbação ADI, p. 170 e segs. (p. 24 do Voto, grifou-se).

²⁶ Caberia aos Estados organizar, promover, planejar e executar “funções de saneamento de interesse comum”, cf. art. 5º.

Uma nova tentativa, mais ousada de disciplinar o tema da titularidade no saneamento – e, mais amplamente, de operar a repartição de competências no setor - foi feita pelo Projeto de Lei do Senado 266/1996, de autoria do Senador José Serra.

Segundo o PLS a titularidade dividia-se entre Estado e Municípios, conforme o caso. Os primeiros seriam titulares em casos de “serviços de interesse local”, assim entendidos “os sistemas isolados de saneamento **cujas ações e efeitos se limitem exclusivamente ao território de um Município, sem afetar interesses de outros Municípios.**” (art. 1º, inc. I, grifou-se). Seriam os Estados titulares em duas circunstâncias: (i.) quando estivesse em questão “a realização de serviços de saneamento que atendam a interesses comuns a dois ou mais municípios integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (...)” ou (e esse ponto é interessante) (ii.) “quando se tratar de sistemas integrados de saneamento, entendidos como tais os sistemas de abastecimento de água, em suas fases de captação, adução e tratamento, que atendam a redes locais de distribuição de dois ou mais Municípios, ou aqueles sistemas de tratamento e disposição final de resíduos líquidos e sólidos que atendam a sistemas locais de coleta de dois ou mais municípios, mesmo que, em ambos os casos, os Municípios não sejam integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.” (art. 1º, § 1º). Esse alargamento da titularidade estadual somente ocorreria se os Municípios não organizassem uma estrutura de governança intermunicipal (art. 1º, § 2º).

O Projeto não foi aprovado e o país seguiu sem uma clara e abrangente regulação setorial até 2007.

1.7. A Lei 11.445/2007 (em sua Redação Original) e o Decreto 7.217/2010

Apenas no dia 05 de janeiro de 2007, quase 20 anos depois da Constituição de 1988 e 30 anos após a Lei 6.527/1978, é que o setor foi, novamente, equipado com diretrizes nacionais. Elas vieram com a Lei 11.445/2007, batizada, já à época, de Marco do Saneamento Básico – MSB²⁷. Interessa-nos, aqui, aferir seu impacto para o tema da titularidade dos serviços de água e de esgotamento sanitário.

Se comparada com a legislação que a antecedeu (cf. supra), a versão original da Lei 11.445/2007 procurou estabelecer uma (nova) repartição de competências entre os entes da Federação, notadamente, entre o Município e a União. Muito embora o contexto institucional do setor fosse marcado pela presença de empresas estaduais criadas sob a égide do PLANASA (cf. acima), bem poucas – e pouco relevantes - foram as referências aos Estados na Lei 11.445/2007²⁸ original.

²⁷ DE CARVALHO, Vinícius Marques, **O Direito do Saneamento Básico**, São Paulo/SP: Quartier Latin, 2010.

²⁸ Basicamente, art. 14, par. único (auxílio do Estado ao titular para fins de elaboração do planejamento setorial); art. 40, § 4º (recursos públicos); e art 52, inc. II (trata da participação dos Estados nos planos regionais de saneamento).

Essa circunstância parece sugerir que aos Municípios teriam sido “devolvidas” competências que antes eram direcionadas aos Estados e/ou às suas criaturas (as empresas estaduais). Nesse sentido, o art. 9º do MSB trazia um rol de competências que caberiam ao titular dos serviços²⁹ e mesmo há várias disposições esparsas que acometem ao *dominus* do serviço público tarefas, prerrogativas (e deveres).

Convém, porém, não exagerar a revalorização do Município.

Em primeiro lugar, a própria existência de uma lei nacional que veicula “diretrizes” traz consigo uma forte limitação para o exercício da competência normativa do titular. Não é comum – já o afirmamos – que reste o titular de um serviço público privado de ditar as normas mais gerais (e mesmo principiológicas) acerca de seu serviço. Em síntese: tomada por si mesma, a Lei 11.445/2007 impede que se fale de uma “titularidade forte” do Município.

Mas há mais.

Em vários dispositivos da Lei 11.445/2007, parece haver muito mais do que puras “diretrizes”: assim, por exemplo, o art. 11 dispõe, minuciosamente, sobre condições de validade dos contratos de delegação da prestação dos serviços públicos de saneamento (que à época poderiam ser contratos de programa regidos pela Lei 11.107/2005 ou concessões de serviços públicos disciplinadas pela Lei 8.987/1995); o art. 19 estabelece, com riqueza de detalhes, o conteúdo e a força dos planos (municipais) de saneamento; o art. 45 trata de ligação compulsória de unidade consumidora etc.

Constitucional ou não, certo é que, como dito, na Lei 11.445/2007 há mais do que princípios ou diretrizes a limitar a ação dos titulares³⁰.

A maior restrição à (livre) ação dos titulares provém, porém, de outro quadrante, novo no cenário normativo nacional de então: trata-se da exigência feita pela Lei 11.445/2007, já em sua redação original, de que o titular aponte um sujeito encarregado da regulação, fiscalização e sancionamento dos prestadores de serviços, sejam eles particulares dotados de concessões, sejam eles empresas estaduais dotadas de contratos de programa. A instituição de um regulador é uma obrigação imposta ao titular e não uma faculdade (arts. 9º, inc. II; 11, III; 23).

Na Lei 11.445/2007 original, o escopo de atuação deste (outro) delegatário do titular é vastíssimo. Ele versa sobre os temas elencados nos onze incisos do art. 23, os quais cobrem todos os principais aspectos da prestação dos serviços delegados, em particular, a regulação econômico-financeira³¹.

²⁹ A Lei 11.445/2007 não definiu a titularidade dos serviços, mas de seu conjunto resta claro que tinha por tais os Municípios.

³⁰ Não se pretende aqui fazer qualquer juízo acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade dessas normas, mas apenas evidenciar os limites que a Lei 11.445/2007 impôs ao titular dos serviços.

³¹ “Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: I - padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços; II - requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas; III - as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos; IV - regime,

É interessante notar *en passant* que a introdução, pelo MSB, da figura tonificada de um regulador dos serviços não funcionava apenas como uma limitação à ação do titular; mas servia, igualmente, para “enquadrar” as poderosas empresas estaduais que por longos anos atuaram sem maiores controles e/ou regulação.

De qualquer modo, para este estudo interessa salientar, em síntese, o seguinte: (i.) a Lei 11.445/2007 significou a volta da União como formuladora das “macro-regras” de orientação da organização setorial; (ii.) o Município “ressurge” nesse cenário como o inequívoco titular dos serviços, mas (iii.) duplamente limitado, de um lado, pela(s) norma(s) nacional(is); de outro lado, pelas normas do ente regulador.

2010 traria novidades no panorama setorial. É desse ano o regulamento (original) da Lei 11.445/2007, o Decreto 7.217/2010.

Trata-se de norma extensa, de 70 artigos, que disciplina com profundidade todos os temas tratados pela Lei 11.445/2007 e outros tantos. Se a lei regulamentada disciplinou com detalhe certos assuntos, o Decreto 7.217/2010 foi além. Ele é um verdadeiro “código” setorial que dispensaria ulteriores providências normativas, salvo aquelas que ele próprio prevê como necessárias – e que proviriam, basicamente, do regulador e não do titular. Aliás, até a este ponto chega o Decreto 7.217/2010: ele esvazia considerável e expressamente a competência normativa do titular ao mesmo tempo em que tonificava a do regulador³².

Desborda, porém, do presente estudo resenhar o regulamento em comento³³. Importa tão-somente fazer notar o quanto era juridicamente balizada e limitada por normas nacionais a titularidade municipal.

estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; V - medição, faturamento e cobrança de serviços; VI - monitoramento dos custos; VII - avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados; VIII - plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação; IX - subsídios tarifários e não tarifários; X - padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação; XI - medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento.”

³² “Art. 30. As normas de regulação dos serviços serão editadas: I - **por legislação do titular**, no que se refere: a) aos direitos e obrigações dos usuários e prestadores, bem como às penalidades a que estarão sujeitos; e b) aos procedimentos e critérios para a atuação das entidades de regulação e de fiscalização; e II - **por norma da entidade de regulação**, no que se refere às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: a) padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços; b) prazo para os prestadores de serviços comunicarem aos usuários as providências adotadas em face de queixas ou de reclamações relativas aos serviços; c) requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas; d) metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e respectivos prazos; e) regime, estrutura e níveis tarifários, bem como procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; f) medição, faturamento e cobrança de serviços; g) monitoramento dos custos; h) avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados; i) plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação; j) subsídios tarifários e não tarifários; k) padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação; e l) medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento.” (grifou-se)

³³ Vale, porém, uma referência específica, relativamente à figura do regulador: é que sob a égide da Lei 11.445/2007 o regulador deveria ser um *terceiro*, relativamente ao titular (art. 23, § 1º), o Decreto, *contra legem*, 7.217/2010 admitiu que fosse ele um órgão ou criatura do titular (art. 31, inc. I).

2. A LEI 11.445/2007 REFORMADA PELA LEI 14.026/2020 – O NOVO MARCO DO SANEAMENTO

2.1. Introdução

Treze anos após a edição da Lei 11.445/2007 e dez anos depois do Decreto 7.217/2010, o setor sofreu uma profunda modificação no ano de 2020, por obra da Lei 14.026/2020. Este diploma produziu uma substancial reformulação da Lei 11.445/2007, além de ter trazido dispositivos próprios. Seguiram-se à ela vários decretos regulamentares (envoltos, inclusive, numa impressionante sequência de revogações)³⁴.

Vejamos como este novo aparato normativo lidou com o tema da titularidade no saneamento básico.

2.2. O NMSB e a Repartição de Competências em Matéria de Saneamento³⁵

m.) Introdução

Seguindo e desenvolvendo o “condomínio de competências” estabelecido pela Constituição de 1988 (cf. supra), a Lei 11.445/2007 e seus regulamentos criaram uma complexa rede de entes e órgãos dotados de cômputos setoriais. Para ficar apenas nos entes diretamente envolvidos com o saneamento básico, temos: (i.) a União Federal, esgalhada entre diferentes órgãos; (ii.) os Estados Federados; (iii.) os Municípios; (iv.) a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA; (v.) os Entes Reguladores Infranacionais – ERI's.

n.) As competências da União

Preocupou-se bastante a renovada Lei 11.445/2007 com as competências da União (que, além de estabelecer diretrizes nacionais, também elabora sua própria política, de cunho federal). Embora não figure como titular desses serviços, o ente central possui amplo rol de tarefas as quais foram distribuídas entre distintos órgãos.

³⁴ Logo após a edição da Lei 14.026/2020 e da reforma da Lei 11.445/2007 foram editados os Decretos 10.588/2020 e Decreto 10.710/2021. Na sequência, o Decreto 10.588/2020 foi revogado pelo Decreto 11.467/2023 que, a seu turno, foi revogado pelo Decreto 11.599/2023. Já o Decreto 10.710/2021 foi revogado pelo Decreto 11.466/2023, revogado pelo Decreto 11.598/2023.

³⁵ Sobre o tema, ver KAERCHER LOUREIRO, Gustavo; MOREIRA, Egon Bockmann; DUTRA, Joisa Campanher, Competência e Governança no Setor de Saneamento: Quem Faz o Quê?, 2021, disponível em <https://ceri.fgv.br/publicacoes/competencia-e-governanca-no-setor-de-saneamento-quem-faz-o-que-texto-para-discussao>

Para além do fundamental papel do Congresso Nacional (competente para lançar diretrizes e aprovar a política federal setorial), coube ao Chefe do Executivo a missão de regulamentar a Lei e, em particular, de construir a metodologia de aferição de capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviço (art. 10-B, par. único da Lei 11.445/2007) bem como dispor sobre condições de apoio técnico e econômico da União (art. 13 da Lei 14.026/2020), além de outros temas³⁶.

Ao novo Ministério das Cidades tocaram cômputos importantes também. É ele, no Executivo, quem conduz a política setorial de saneamento, coordena a elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico (art. 52, I) e os Planos Regionais de Saneamento Básico (art. 52, II), assim como é tarefa sua instituir o SINISA (art. 53, § 3º) e presidir o CISB (adiante). E mais atribuições existem, dispersas em outras leis³⁷ e regulamentos³⁸.

Ao Comitê Interministerial de Saneamento Básico - CISB ficaram as tarefas de implementar a política federal de saneamento básico e articular a atuação dos órgãos e das entidades federais na alocação de recursos financeiros em ações de saneamento básico (arts. 53-A e 53-B), bem como avaliar e aprovar orientações para a aplicação dos recursos federais em saneamento básico (art. 53-B, II).

o.) Competências estaduais

Os Estados foram aquinhoados com um menu mais enxuto de atribuições, mas de grande importância³⁹.

Em primeiro lugar, ficaram responsáveis por duas iniciativas de prestação regionalizada: aquela que tem início com lei complementar estadual (instituição de região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião de integração compulsória dos Municípios); e a que consiste na organização de Unidades Regionais de Saneamento Básico - URSB, instituídas por leis estaduais ordinárias (e de integração voluntária). Embora não previsto expressamente, podem eles também desenvolver planos estaduais de saneamento - que são distintos tanto dos planos municipais, por óbvio, como também dos atinentes a

³⁶ Assim, por exemplo, o Decreto 10.599/2023 trata (também) da prestação regionalizada (art. 6º e segs.).

³⁷ “Art. 20. Constituem áreas de competência do Ministério das Cidades: I - política de desenvolvimento urbano e ordenamento do território urbano; II - políticas setoriais de habitação, de saneamento ambiental, de mobilidade e trânsito urbanos, incluídas as políticas para os pequenos Municípios e a zona rural; III - promoção de ações e de programas de urbanização, de habitação e de saneamento básico e ambiental, incluída a zona rural, de transporte urbano, de trânsito e de desenvolvimento urbano; IV - política de financiamento e subsídio à habitação popular, de saneamento e de mobilidade urbana; V - planejamento e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, de urbanização, de habitação e de saneamento básico e ambiental, incluídos a zona rural e a mobilidade e trânsito urbanos; VI - participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água e para adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e da gestão do saneamento; (...).” (Lei 14.600/2023).

³⁸ Quanto a regulamentos, é digno de nota que o art. 13 do Decreto 11.599/2023 disponha que, ao editar as normas de referência, a ANA deverá “observar as diretrizes da política federal de saneamento básico, inclusive aquelas estabelecidas pelo Ministério das Cidades” (art. 11, § 1º, inc. I).

³⁹ KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, Prestação Regionalizada de Serviços de Saneamento: o Estado Federado como Ponto Focal das Políticas Setoriais, 2021.

prestações regionalizadas. Além disso, é-lhes facultado criar fundos⁴⁰ de fomento à melhoria dos serviços de saneamento, instituir agências reguladoras (que podem vir a ser os reguladores do contrato - cf. adiante) e, muito importante, levar a efeito, por via de privatização de suas companhias, a transição do modelo atualmente preponderante (dos contratos de programa) para aquele preconizado pelas Leis 11.445/2007 e 14.026/2020 (das concessões de serviços públicos⁴¹). Além disso, os Estados podem prestar auxílio ao titular do serviço no desempenho de suas tarefas (art. 9º, par. único da Lei 11.445/2007).

p.) A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA e as ERI's

Com o advento da Lei 14.026/2020, o setor de saneamento passou a ter uma agência reguladora nacional encarregada de editar, principalmente, mas não só⁴², “normas de referência” em matéria de saneamento básico.

A figura ainda pouco explorada das normas de referência foi introduzida pelos arts. 25-A da Lei 11.445/2007 e 4º-A, 4º-B da Lei 9.984/2000. O rol de temas sobre os quais versam é amplo e suscita várias questões de governança e coordenação e de competências – para além do problema, que não tratamos aqui, do seu carácter cogente, ou não. Dentre os temas estão: padrões de qualidade na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico; regulação tarifária e mecanismos de subsídios; padronização de contratos de delegação, incluindo metas, matriz de risco e mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (EEF); metas de universalização; contabilidade regulatória; redução de perdas; metodologia de cálculo de indenizações; governança de entidades reguladoras; disposições sobre reuso de efluentes; parâmetros para declaração de caducidade de contratos; normas e metas de substituição do sistema unitário; sistema de avaliação do cumprimento de metas; conteúdo mínimo para a prestação universalizada; conteúdo mínimo para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços de saneamento, dentre outras.

Por fim, na base da cadeia de órgãos e entidades com competências no setor de saneamento, encontram-se as ERI's, os entes reguladores aos quais os titulares têm o dever de delegar parcelas de sua competência originária.

Na Lei 11.445/2007, os contornos da regulação estão disciplinados no Capítulo V. Encontram-se, aqui, matérias semelhantes àquelas que constam do art. 4º-A da Lei 9.984/2004. Não é possível passar todo o rol em revista, mas vale citar algumas matérias que devem ser objeto de regulação infranacional: padrões e indicadores de qualidade (art. 23, inc. I); regulação tarifária, incluindo estrutura e

⁴⁰ Art. 13 da Lei 11.445/007.

⁴¹ Art. 14 da Lei 14.026/2020.

⁴² Art. 4º-A, § 10 da Lei 9.984/2000.

mecanismos de reajuste e revisão (arts. 11, § 2º; 22, inc. IV; 23, inc. IV); condições econômico-financeiras do serviço (art. 11, § 2º); subsídios (art. 23, inc. IX); metas de variado tipo (arts. 11, § 2º; 23, inc. III; 44, § 3º); controle social (art. 11, § 2º); normas sobre intervenção e retomada dos serviços (art. 11, § 2º); disciplina de métodos alternativos de prestação do serviço (art. 11-B, § 4º); decisão sobre dilação de prazo de alcance das metas (art. 11-B, § 9º); estabelecimento de parâmetros do contrato de interdependência (art. 12); definição de regras para investimento de empreendedores imobiliários em infraestrutura de saneamento (art. 18-A, par. único); estabelecimento de requisitos operacionais e de manutenção do sistema (art. 23, inc. II); regulação da medição, faturamento e cobrança dos serviços (art. 23, inc. V); monitoramento de custos (art. 23, inc. VI); estabelecimento de plano de contas e de mecanismos de certificação e auditoria (art. 23, inc. VIII); fixação de padrões de atendimento ao público (art. 23, inc. X); previsão de medidas de segurança, contingência e racionamento (art. 23, inc. XI); fixação de diretrizes de redução de perdas (art. 23, inc. XIV) e limites máximos de perda (art. 43, § 2º); auditoria em bens reversíveis (art. 42, § 2º); configuração de soluções individuais de água e esgoto (art. 45, § 1º), dentre outros.

No meio disto tudo, onde entra o Município?

2.3. A Posição do Município no NMSB

a.) Observações preliminares

Comparando-se superficialmente a nova versão da Lei 11.445/2007 com a redação original, duas notas por assim dizer “externas” (ou secundárias) saltam aos olhos.

A primeira diz respeito ao sensível aumento de dispositivos no diploma legal de 2007. A Lei 14.026/2020 não se limitou a refazer a redação de textos preexistentes (o que fez com frequência), mas introduziu um número considerável de novos artigos, parágrafos e alíneas. Assim, por exemplo - e ficando apenas nos artigos, sem enumerar os novos parágrafos - os arts. 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D; 8º-A; 8º-B; 10-A; 10-B; 11-A; 11-B; 18-A; 25-A; 43-A; 53-A; 53-B, dentre outros.

É certo que o mero aumento numérico de textos normativos pouco informa acerca do conteúdo que veiculam. Mas não é implausível supor que ao menos alguns deles comprimam ainda mais a área já estreita de livre atuação dos titulares. E não é difícil constatar isso: dentre todos os artigos mencionados, fique-se, apenas com os arts. 10-B e 11-A da Lei 11.445/2007. Encontramos aí a supressão da discricionariedade dos titulares em matéria de metodologia de aferição das condições econômico-financeiras dos prestadores para o atingimento de metas do art. 11-B (art. 10-B) e a imposição de condições e limites para a subdelegação de parcela do contrato de eventual contrato de delegação que os titulares possuam com empresa (estadual) prestadora (art. 11-A).

A segunda nota que uma rápida leitura da “nova” Lei 11.445/2007 mostra é a mudança de tom em alguns dispositivos. Onde antes havia uma faculdade para os titulares (ou não havia um dever), agora há uma imposição que os afeta. Sirvam de exemplo dois dispositivos bastante importantes: no art. 30 – que trata da estrutura de remuneração e de cobrança dos serviços de saneamento – a redação anterior contemplava a *possibilidade* de a tarifa considerar um determinado rol de itens (incs. I-VI). Com a nova redação essa possibilidade foi suprimida em favor de um comando positivo, para que estes itens sejam *necessariamente* considerados. Em sentido semelhante foi a alteração no art. 45 da Lei, a qual suprimiu a (anteriormente existente) discricionariedade do titular relativamente à conexão das edificações urbanas às redes.

Ainda nessa linha, merecem destaque o teor e o tom do crucial art. 11-B da Lei 11.445/2007, verdadeiro “coração” do NMSB. Inexistente na versão original da Lei 11.445/2007, o art. 11-B determina várias providências que, se não suprimem competências municipais, atenuam-nas consideravelmente. A par disso, a norma endereça imperativos e injunções aos titulares.

Já seu comando nuclear – universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário até 2033 – reduz em muito o alcance da competência prevista em favor dos titulares, no art. 9º, inc. II, eis que estipula, de modo categórico e com data precisa, aquela que talvez seja a meta mais relevante do setor de saneamento básico, a universalização. Não bastasse isso, o § 1º dá prazo aos titulares para que providenciem as adequações contratuais necessárias, determinando, ainda, quando e sob que condições contratos licitados poderão ser aditados para cumprir o desiderato da universalização (art. 11-B, § 2º).

Em síntese, no centralíssimo art. 11-B temos uma evidente amostra do modo como a reformulada Lei 11.445/2007 trata os titulares dos serviços de água e esgoto.

Mas há mais.

b.) A conformação da competência do titular

Diferentemente do MSB, o NMSB tornou a prestação regionalizada um dos pilares da disciplina setorial: fez dela um “princípio fundamental” (art. 2º, inc. XIV); dispensou-lhe tratamento favorecido relativamente ao acesso a recursos federais (art. 50, inc. VII); admitiu, sob certas condições, que organizações regionalizadas ultrapassem o prazo-limite para a universalização (art. 11-B, § 9º); ampliou o leque de possibilidades da regionalização (com a criação das figuras da URSB e Bloco de Referência), dentre outros “favores” outorgados à regionalização.

Com esse amplo espectro de favorecimentos não fica difícil identificar qual é a preferência do NMSB em termos de organização dos serviços, se isoladamente, com titular único; ou de modo regionalizado, com colegiado de titulares (e o Estado). A contrapartida disso é o desprestígio, por assim dizer, de

soluções de prestação isolada, em que o titular é o Município singular que enfeixa em suas mãos todo o leque das competências. Decididamente, o NMSB prefere uma “titularidade diluída” porque colegiada, compartilhada.

Um outro “cabresto normativo” colocado pelo NMSB no titular encontra-se na vedação do uso de contrato de programa como estratégia para delegar a execução de serviços de saneamento básico⁴³ (ou para prorrogá-la⁴⁴). A importância dessa limitação deve restar clara: ao introduzi-la, o legislador nacional não estava terminando com uma irregularidade. Não: o recurso à figura negocial criada pelo art. 13 da Lei 11.107/2005 segue sendo válido e jurídico em todos os demais setores em que se pode instaurar a cooperação federativa, *menos no saneamento básico*. Tratou-se de uma *escolha de política setorial*, a qual limita (limitou) seriamente o campo de manobra dos titulares.

Algo semelhante, ainda que menos dramático, se passa no âmbito do campo de ação dos titulares relativamente aos reguladores.

Em primeiro lugar, reitera-se o quanto dito antes: o titular tem o *dever* de apontar um regulador (art. 9º, inc. II e art. 8º, § 5º).

E não pode ser um regulador qualquer: com a nova redação do art. 21 da Lei 11.445/2007, deixou de ser possível, por exemplo, a hipótese prevista no art. 31, inc. I do Decreto 7.217/2010, segundo a qual o regulador poderia ser um mero órgão do titular. Atualmente, por força do art. 21 a função de regulação deverá ser “desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira (...)” E veja-se que o titular está limitado tanto “na entrada” (seleção do regulador) quanto “na saída” (desligamento): “[s]elecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços, ela não poderá ser alterada até o encerramento contratual, salvo se deixar de adotar as normas de referência da ANA ou se estabelecido de acordo com o prestador de serviços.” (art. 23, § 1º-B).

Não restou satisfeito o legislador nacional com o “banimento” do contrato de programa (que impôs aos titulares). Relativamente àquele que é o instrumento por excelência para a prestação dos serviços de saneamento básico, a concessão, a nova Lei 11.445/2007 *determinou* o respectivo conteúdo e as suas condições (arts. 11 e 10-A), de sorte que pouca margem de manobra têm os titulares para inovar em termos de adição/supressão de cláusulas.

⁴³ Art. 10 da Lei 11.445/2007.

⁴⁴ Sobre o tema da prorrogação dos contratos ver KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, Observações Sobre a Prorrogação dos Contratos de Programa sob o Marco do Saneamento, 2021, disponível em <https://ceri.fav.br/publicacoes/observacoes-sobre-prorrogaao-de-contratos-de-programa-sob-o-marco-do-saneamento>

c.) **Acerca do art. 9º da Lei 11.445/2007**

Mas, a socorrer os titulares, não há o art. 9º da Lei 11.445/2007?

A melhor forma de verificar como encontra-se limitado o poder e as competências do titular é justamente fazer um breve exame desse dispositivo:

“Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão;

II - prestar diretamente os serviços, ou conceder a prestação deles, e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico;

III - definir os parâmetros a serem adotados para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água;

IV - estabelecer os direitos e os deveres dos usuários;

V - estabelecer os mecanismos e os procedimentos de controle social, observado o disposto no inciso IV do **caput** do art. 3º desta Lei;

VI - implementar sistema de informações sobre os serviços públicos de saneamento básico, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa), o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh), observadas a metodologia e a periodicidade estabelecidas pelo Ministério das Cidades; e

VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nas hipóteses e nas condições previstas na legislação e nos contratos.”

Para (quase) cada uma dessas competências conferidas ao titular há, no mínimo, uma atribuição conferida a outro sujeito que ou limita e condiciona o exercício da específica competência pelo titular

(o que suscita o problema do modo de exercício dessa competência) ou é semelhante à ela, porém atribuída a outro ente (o que suscita o problema de possíveis intersecções ou sobreposições).

Podemos começar pela *política pública de saneamento*, inscrita no *caput* do art. 9º. Trata-se, sem dúvida de uma competência do Município.

Cumpra observar, entretanto, e em primeiro lugar, que ao menos o rol de “princípios fundamentais” positivado no art. 2º da Lei nacional 11.445/2007 já funciona como elemento conformador de qualquer que seja a política pública relativa ao saneamento que o Município pretenda adotar. Ali estão arrolados nada menos do que XVI desses princípios. Em segundo lugar, como a competência para formular a política setorial toma forma concreta nos incisos deste artigo 9º é preciso verificar se não estão eles de alguma forma parametrizados por normas e diretrizes emanadas de outros entes da Federação.

Com efeito, no inc. I, encontraremos uma das principais competências do titular, qual seja, a elaboração de plano que, dando materialidade à política pública, oriente as ações públicas (e privadas) relativas a determinado serviço de saneamento básico. O plano é elemento essencial e pressuposto de todas as demais ações setoriais, pois as condiciona e baliza (basta lembrar que não pode o serviço ser concedido sem a existência de um prévio plano de saneamento, cf. art. 11, inc. I).

Conquanto neste específico ponto o titular pareça gozar de uma razoável margem de movimento, é bom lembrar que sua ação está previamente conformada por várias prescrições contidas na Lei 11.445/2007. Dentre as condicionantes estão (i.) o conteúdo mínimo do plano (art. 19, incs. I-V); (ii.) a necessidade de coordenar os planos para os distintos serviços de saneamento (art. 19, § 2º); (iii.) a exigência de compatibilidade do plano municipal com os planos de bacias hidrográficas (art. 19, § 3º); (iv.) a revisão obrigatória do plano em prazo de até 10 anos (art. 19, § 4º); (v.) a subordinação do plano municipal aos planos regionais, caso existentes (art. 17, § 2º); (v.) a exigência de dar ampla publicidade ao plano e seu processo de elaboração (art. 51);

Bem mais problemática é a competência do titular para “estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados” (art. 9º, I). Aqui as intersecções e concorrência são várias, a começar pela meta fundamental do NMSB, qual seja, aquela relativa à universalização dos serviços de água e esgoto até dezembro de 2033 (art. 11-B, *caput*). Neste ponto, o legislador nacional foi direto e objetivo, sem margem de manobra para os Municípios quanto ao termo *ad quem* (apenas, p.ex., para definição de metas intermediárias).

Mas, mesmo que se deixe de lado essa específica meta (e respectiva métrica), a competência do Município para instituir objetivos de serviço adequado deve fazer as contas com a mesma competência

que possuem os ERI's, nos termos dos arts. 23, inc. III⁴⁵; 43, § 2^o⁴⁶ e 44, § 3^o⁴⁷ (e também a ANA, cf. art. 4^o-A, § 1^o, inc. IV da Lei 9.984/2000, bem como as autoridades ambientais, cf. art. 44, § 2^o).

No inc. II do art. 9^o, primeira parte, reside o núcleo da noção de titularidade.

É prerrogativa exclusiva – mas não arbitrária - do titular escolher como pretende prestar o serviço, se diretamente ou por meio de delegação (concessão). Neste ponto, o NMSB, embora incline-se pela prestação delegada (concedida), foi obsequioso à prerrogativa dos Municípios. **Se ainda é possível, juridicamente, falar-se de titularidade municipal no setor de saneamento, esta é a competência (exclusiva) que a define.** Mas atenção: também aqui se surpreendem balizas: o titular não mais pode decidir-se pela delegação da prestação do serviço por meio de contratos de programa e, se inserido em alguma estrutura de prestação regionalizada (de formação compulsória ou voluntária), não a exercita sozinho.

A competência insculpida no inc. III do art. 9^o tem caráter técnico e mostra-se, ela também, balizada: não é do titular a função – importantíssima – de estabelecer quando e sob quais condições a água é apta para o consumo humano. Esta tarefa cabe ao Ministério da Saúde.

Em situação semelhante encontra-se o previsto no inc. IV do art. 9^o. Cabe ao titular “estabelecer os direitos e os deveres dos usuários”.

Em primeiro lugar, a matéria “direitos e deveres dos usuários” (de serviços públicos) já se encontra desenvolvida em vários diplomas legais, a começar pelo CDC (art. 22, p.ex.) e pela Lei Geral de Concessões e Permissões, Lei 8.987/1995 (arts. 6^o e 7^o, dentre outros). Em segundo lugar, a própria Lei 11.445/2007 traz dispositivos que regulam aspectos essenciais da relação prestador/usuário. Basta pensar nos arts. 11-A, § 3^o; 27; 40; 41, 45 dentre outros. Por fim, e em terceiro lugar, essa mesma relação é objeto da atividade regulatória (art. 12, § 1^o, incs. I e II; art. 22, incs. I e IV, para ficar nos dispositivos mais importantes).

A seu turno, a incumbência de “estabelecer os mecanismos e os procedimentos de controle social” estampada no inc. V do art. 9^o é relevante sob a perspectiva social e cidadã, mas pouco reflexo tem no *modus operandi* do serviço propriamente dito. De qualquer sorte, o NMSB dispensa-lhe regulação que é obrigatória para o Município observar (art. 47 e segs. da Lei 11.445/2007).

⁴⁵ “Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: (...); III - as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos; (...).”

⁴⁶ “Art. 43 (...). § 2^o A entidade reguladora estabelecerá limites máximos de perda na distribuição de água tratada, que poderão ser reduzidos gradualmente, conforme se verificarem avanços tecnológicos e maiores investimentos em medidas para diminuição desse desperdício.”

⁴⁷ “Art. 44 (...). § 3^o A agência reguladora competente estabelecerá metas progressivas para a substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto, sendo obrigatório o tratamento dos esgotos coletados em períodos de estiagem, enquanto durar a transição.”

A tarefa de “implementar sistema de informações sobre os serviços públicos de saneamento básico, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa), o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh), observadas a metodologia e a periodicidade estabelecidas pelo Ministério das Cidades” tem cunho meramente instrumental.

Já a faculdade de “intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nas hipóteses e nas condições previstas na legislação e nos contratos” veicula nitidamente uma limitação ao titular. Para dar-se conta disso basta lembrar que a Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviço Público (Lei 8.987/1995) não condiciona o exercício desses deveres/direitos do poder concedente à prévia manifestação do regulador. Tanto a intervenção (art. 32 e segs.) quanto a encampação ou caducidade (arts. 37 e 38) não estão previamente condicionados à prévia manifestação do regulador.

O Município possui uma titularidade severamente mitigada no setor de saneamento básico.

3. OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

Espera-se ter se demonstrado, tanto por argumentos histórico-normativos quanto por razões dogmáticas (de interpretação da Constituição e do NMSB) o quão jurídica e institucionalmente débil é a posição do titular dos serviços de saneamento básico, o Município.

Rigorosamente, a única competência que certamente exerce de modo privativo é a da escolha do modo de prestação do serviço, se direta ou indiretamente (art. 9º, inc. I, primeira parte). Mas, mesmo essa escolha privativa é juridicamente conformada, como se viu acima.

Se assim estão as coisas, talvez fosse o caso de questionar a própria noção de titularidade e em seu lugar falar de uma articulação federativa de competências relacionadas com o saneamento básico⁴⁸.

⁴⁸ À moda do que ocorre com o Sistema Único de Saúde que, por “coincidência”, tem competência na matéria ex vi art. 200, inc. IV da CRFB.



 **FGV CER**

CENTRO DE ESTUDOS
EM REGULAÇÃO E
INFRAESTRUTURA