

SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO: UMA ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO DA TITULARIDADE E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA SOB O ENFOQUE DA LEI Nº 14.026/2020 (NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO)

PUBLIC BASIC SANITATION SERVICES: AN ANALYSIS OF THE LEGAL REGIME OF OWNERSHIP AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS FOR ADMINISTRATIVE DECENTRALIZATION UNDER THE FOCUS OF LAW No. 14.026/2020 (NEW SANITATION LEGAL FRAMEWORK)

Rafael Morales de Souza¹

RESUMO: Os serviços públicos de saneamento básico são primordiais para a realização de certos valores constitucionais que a Carta Maior submete o Estado, de sorte que a sociedade deve-se valer dos melhores instrumentais disponíveis para levar a cabo essa missão. Com este objetivo o presente estudo pretende pesquisar como o direito pode contribuir para essa tarefa, entabulando para isso a questão da competência privativa para prestação desses serviços e as formas como se operam os meios contratuais necessários para concretização do objetivo. De um lado constatamos que o ordenamento editado equivoca-se ao permitir a alteração de alteração dessas competências, de outro que o novo marco legal do saneamento veio contribuir para dirimir o problema da reserva de mercado que não permite a competição e a melhor escolha para a Administração. Assim desvelamos que, em sua maior parte, o ordenamento vigente presta-se a atender a interesses de certos setores, ao revés do que consideramos mais importante: o interesse público.

Palavras-chave: Saneamento básico. Competências privativas. Contratos de programa. Novo marco legal do saneamento.

ABSTRACT: Public basic sanitation services are essential for the realization of certain constitutional values that the Carta Maior submits to the State, so that society must make use of the best instruments available to carry out this mission. With this objective, the present study intends to investigate how the law can contribute to this task, establishing for this the issue of private competence to provide these services and the ways in which the contractual means necessary to achieve the objective are operated. On the one hand, we find that the edited order is wrong in allowing the alteration of these competences, on the other hand, that the new legal framework for sanitation has contributed to resolve the problem of market reserve that does not allow competition and the best choice for Administration. Thus, we reveal that, for the most part, the current legal framework serves the interests of certain sectors, contrary to what we consider most important: the public interest.

Keywords: Basic sanitation. Private powers. Program contracts. New legal framework for sanitation.

¹Mestrando em direito administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUCSP. Bacharel em direito pelo Centro universitário Padre Anchieta -Unianchieta.

1. INTRODUÇÃO

A recente edição da Lei nº 14.026/2020², designada por Novo Marco Legal do Saneamento Básico ou simplesmente Lei do Saneamento, traz em sua estrutura diversas alterações que implicam no arcabouço jurídico do sistema de saneamento básico brasileiro, notadamente propõe-se este estudo em debruçar-se nos aspectos atinentes aos contratos administrativos de contratos de concessão de serviços públicos de saneamento, uma vez que é tema, em nosso entendimento, bastante controvertido e que demanda, por essa razão, um estudo jurídico que dê conta dos problemas que se apresentam. Um deles é sobre a questão das licitações para concessão de serviços públicos de saneamento em conurbações urbanas, as chamadas regiões metropolitanas, instituídas por meio da Constituição Federal³. É de fácil intelecção que tais regiões são aquelas que por suas características, possuam as melhores oportunidades de faturamento com os serviços, daí dizer-se que a busca pela contratualização nessas regiões é fator de sucesso determinante pelas organizações que atuam no setor, motivo pelo qual a temática tem sido reiteradamente motivo de judicialização. Seria o caso dos lobbies para que determinadas decisões judiciais atendam a interesses de corporações, por exemplo a obrigatoriedade de consorciamento para prestação de serviços comuns de saneamento em conurbações de municípios, o que chamamos de titularidade compartilhada, o que feriria a ordem constitucional, é que pretendemos demonstrar⁵.

De outro lado há que se enfrentar da mesma forma o problema relativo à necessidade de se realizar licitações para a transferência da prestação de serviços públicos de saneamento por descentralização administrativa, assunto que tem levado a diversas discussões na jurisdição. De fato há muito já se tem falado sobre a inconstitucionalidade inerente às renovações realizadas pelas companhias de

² BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Brasil, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 04/06/2023.

³ Conforme artigo Art. 25, § 3º: Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

⁴ Excelente estudo sobre o tema foi elaborado pelo douto professor de Direito Constitucional da PUCSP, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, em sua tese de doutoramento, intitulada: O regime constitucional da região metropolitana, no qual nos baseamos para construir a teoria relativa à titularidade de serviços públicos de saneamento em regiões de municípios conurbados. In: SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Região metropolitana e seu regime constitucional. São Paulo: Verbatim, 2009.

⁵ Estamos a falar da Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Lei Complementar n.87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro.

saneamento estaduais sem que haja licitação. Nosso intuito é verificar se os ditos contratos de programa realizados pelas companhias estaduais de saneamento em tempos passados tem regime jurídico constitucionalizado, a partir da leitura do novo marco legal do saneamento, veremos que tal instituto foi vedado na nova lei e que portanto renovações estariam vedadas sem que haja licitação.

De pano de fundo às duas temáticas jurídicas propostas pretende-se estabelecer a tese segundo a qual o ordenamento jurídico relativo ao setor foi sendo desenhando com intuito meramente advocatório, na busca do atendimento de certos interesses políticos e corporativos.

1.1 A titularidade dos serviços públicos de saneamento básico

De plano cumpre estabelecer em primeiro lugar o que entende-se por serviços públicos de saneamento básico. Assim em 5 de janeiro de 2007, foi publicada a Lei 11.445, a qual regulou os serviços de saneamento básico. A Lei do Saneamento foi posteriormente alterada pela Lei 14.026/2020 e nestas alterações contempla-se a definição dos serviços públicos de saneamento básico. A Lei do Saneamento identifica o saneamento básico com quatro atividades, todas consideradas serviços públicos. Por “saneamento básico”, o art. 3º, I, definiu como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: (a) abastecimento de água potável; (b) esgotamento sanitário; (c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e (d) drenagem e manejo de águas pluviais urbanas⁶. Esses serviços foram regulados pelo Decreto 7.217/2010 (“Regulamento do Saneamento”).

Estabelecidas as premissas parte-se agora para a questão: a quem compete prestar esses quatro serviços? Sendo estes serviços de interesse local cumpre esclarecer

⁶ Art. 3º, inciso I: Art. 3º: “Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes”. BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Brasil, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 04/06/2023.

porque o são. A art. 30, inciso V da Constituição Federal, nos informa que compete aos municípios “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.”⁷. Pedro Serrano⁸ indica que é de competência do município, como ente federal, titularizar as atividades e serviços de caráter predominantemente local. A distribuição de água é serviço concebido e natural a se realizar no interior da circunscrição geográfica do município. Não parece, nesse sentido, que é condição para a prestação do serviço a participação de outros para sua prestação, ela opera dentro das características locais. Assim as quatro atividades que compõem o saneamento básico interessam predominantemente ao Município, portanto de interesse eminentemente local.

Por outro lado surge a questão da titularidade dos recursos hídricos⁹, uma vez que é elemento essencial na prestação dos serviços de saneamento. Nesse sentido a Constituição também é clara, porquanto que nos incisos III e VI do artigo 20 partilha o domínio das águas entre a União e os Estados. Pertencem à União: a) lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, b) ou que banhem mais de um Estado, c) sirvam de limites com outros países, d) se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, e) terrenos marginais, f) praias fluviais, g) mar territorial. Aos Estados pertencem: águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, as decorrentes de obras da União¹⁰. Pois bem, não se confunda aqui a titularidade da prestação de serviços com a titularidade dos recursos hídricos. Apesar de um ser imprescindível para realização dos outros, devem ser considerados distintos. De fato um rio pode percorrer o território de

⁷ Artigo 30, inciso V: “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;”. BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Brasil, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 04/06/2023.

⁸ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Região metropolitana e seu regime constitucional. São Paulo: Verbatim, 2009, pág. 228 a 229.

⁹ Para uma pesquisa mais detalhada sobre o tema o Professor Paulo Afonso Leme Machado oportuniza uma visão bastante crítica e vasta na questão da gestão dos recursos hídricos, com obras consagradas da estirpe de: “Direito Ambiental Brasileiro”, “Direito à Informação e Meio Ambiente”, “Direito dos Cursos de Água Internacionais”. Não obstante para uma leitura introdutória, remetemos ao título: “Recursos hídricos: Direito Brasileiro e Internacional”. In: Machado, Paulo Afonso Leme. Recursos hídricos: Direito Brasileiro e Internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁰ “Art. 20. São bens da União: III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;. VI: VI - o mar territorial”. BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Brasil, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 04/06/2023.

vários municípios, daí dizer-se que a titularidade é do Estado, pois é do interesse público que faça a gestão desse recurso para utilização de todos os entes¹¹; mas até aí dizer-se que a prestação dos serviços segue a mesma regra, seria falácia, pois do ponto de vista jurídico, nos parece claro que a prestação de serviços de saneamento, já o dissemos, é de interesse predominantemente local.

Surge nesse ponto outro fator, a questão da outorga dos recursos hídricos. Assim quando um ente federativo tem competência privativa para prestar um serviço e, para tanto, necessita usar um bem de outro ente federativo, a outorga do uso desse bem passa a ser vinculada, pois não pode o ente titular do bem recusar, se atendidas as exigências legais, a outorga do uso ao ente que deve prestar o serviço. Trata-se de uma regra constitucional implícita, estabelecida na boa doutrina¹². Não por outra a Lei Federal nº 9.433/1997, no artigo 12¹³, é expressa em exigir que o ente federativo competente para a prestação do serviço de saneamento básico obtenha do titular do recurso hídrico a outorga do uso. Assim obedecidas as exigências do sistema

¹¹ Nesse sentido, afirma com absoluto acerto Luiz Henrique Antunes Alochio: “Não podemos confundir o serviço de saneamento básico-água com a outorga de água bruta, para prestação daquele serviço. [...] A distinção é relevante, especialmente para sabermos que a titularidade da água-bruta (se da União ou se do Estado) não altera, por si só, a titularidade da prestação de serviços de saneamento (essencialmente Municipal, por ser de interesse local)” (ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Direito do saneamento: introdução à Lei de diretrizes nacionais de saneamento básico: Lei Federal n. 11.445/2007. Campinas: Millennium, 2007, p. 17-18).

¹² O professor Ricardo Marcondes Martins em excelente estudo realizado sobre o tema da titularidade dos serviços públicos de saneamento, informa-nos que quem melhor expôs essa regra foi Celso Antônio Bandeira de Mello. De fato ao examinar o uso de espaço público por concessionária da União para instalação de equipamento necessário à prestação do serviço de telecomunicação, afirmou que “Ora, se há, pois, direito ao exercício das atividades em causa e, conseqüentemente, à utilização dos meios e equipamentos que lhe são inerentes, segue-se, por derivação lógica irrefragável, que o Município não dispõe de aptidão jurídica para, a seu critério, isto é, discricionariamente, deferir ou indeferir licenças para instalação dos equipamentos em apreço. Deveras, se a autoridade municipal pudesse, ao seu líbrito, invocar razões de interesse público para outorgar ou denegar licenças de instalação, nela é que estaria retida a aptidão jurídica para ensejar ou obstaculizar as atividades de telecomunicações. Em suma, a União ficaria a depender de um nihil obstat editado pelos Municípios, conclusão esta que ninguém da área jurídica, em seu juízo normal, encamparia”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Competência urbanística municipal e competência da União em matéria de telecomunicações: interferências. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 43, p. 26-35, 2003, p. 31). Além do ínclito professor Luís Roberto Barroso, manifestou-se em lição lapidária: “Nada obstante isso, a União e os Estados não podem dispor arbitrariamente da autoridade de conceder ou negar outorgas. Somente será legítima a recusa quando houver um fundamento relevante e de interesse público, como, por exemplo, a ameaça de dano para o sistema hídrico em geral. Veja-se que o acesso à água não depende de qualquer tipo de licitação para sua outorga. Pois bem: à vista de tais premissas, é certo que a União e os Estados deverão conceder as outorgas solicitadas, salvo situações excepcionais, quando se tratar de um serviço público atribuído pela Carta a outro ente federativo, para cuja prestação a utilização da água seja indispensável, como é o caso do saneamento” (BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 11, ago./out. 2007). In: MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal nº 14.026/2020. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 11, n. 21, p. 11-44, jan./jun. 2022, pág. 20.

¹³ A Lei 9433/1997 institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. BRASIL. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Lei de gestão de recursos hídricos. Brasil, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em: 04/06/2023.

normativo, o ente titular do serviço tem o direito público subjetivo a outorga do uso do recurso hídrico necessário à prestação. Assim, uma vez declarado o uso do recurso hídrico e a titularidade em poder do estado, deve este possibilitar ao ente municipal, detentor da titularidade na prestação dos serviços de saneamento, a utilização do recurso para que a prestação possa ser viabilizada.

Percorrido o itinerário necessário para informar sobre a titularidade do serviço público de saneamento básico, adentramos na questão das regiões metropolitanas. E nesse sentido, entendemos que a conurbação de municípios não tem o condão de carrear a alteração da competência municipal. Nada há que impeça o município integrante da área metropolitana de prestar e regulamentar por si o serviço de distribuição de água¹⁴, aliás é seu dever fazê-lo, desde que conformado às diretrizes genéricas do planejamento regional. Não por outra veja-se o exemplo da Região Metropolitana de São Paulo – RMSP, de fato municípios como Santo André, São Caetano e Mauá¹⁵, para ficar em alguns exemplos apenas, possuem serviço autônomo distribuição de água e coleta de esgotos. E mesmo que lei complementar estadual instituidora de região metropolitana advenha, como é o caso de São Paulo, em nada pode obstar a titularidade municipal. Nosso entendimento que essa competência, por ser constitucional, ultrapassa limites de outras leis que possam advir, de forma que qualquer dispositivo editado no sentido de contrariar o artigo 30, inciso V¹⁶ da Carta Magna e que implique em alteração da competência municipal, deve ser declarado inconstitucional. Mesmo o §3º do artigo 25¹⁷ da Constituição que atribui aos Estados a competência para, 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 função pública de interesse comum; não teria o condão de suprimir a titularidade municipal. Nesse

¹⁴ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Região metropolitana e seu regime constitucional. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 231.

¹⁵ Serviços de saneamento prestados por Semasa, Saesa e Sama respectivamente.

¹⁶ “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”. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 05/06/2023.

¹⁷ “§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.” BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 05/06/2023.

sentido a lição de Ricardo Martins nos parece bastante crível, uma vez que a “leitura atenta do dispositivo constitucional referido indica que, se por um lado, aos Estados foi, de fato, expressamente atribuída a competência para instituir a região metropolitana, por outro, implicitamente foi também atribuída a competência para disciplinar os assuntos afetos ao interesse metropolitano. Assim, eventuais particularidades do saneamento básico decorrentes da integração regional de municípios limítrofes podem ser estabelecidas na legislação estadual. Daí a afirmar que cabe aos Estados a prestação do serviço há uma distância bem longa, que só intuídos advocatórios justificam ser percorrida. Do ponto de vista científico, vislumbrar no dispositivo constitucional a atribuição ao Estado da titularidade de todos os serviços locais afetos à região metropolitana é, com todo respeito, insustentável.”¹⁸

Nesse sentido é de se notar que a titularidade do estado estará presente quando se extravasa o limite territorial do município, não parece ser o caso dos serviços de saneamento básico. Nota-se, qual a impossibilidade técnica de determinada empresa municipal em fazer a distribuição de água por meio da rede de abastecimento? Ou mesmo de recorrer os dejetos de esgotos e despejá-los em estação de tratamento? Não parece ser o caso de serviço possível de extrapolação territorial. Mas frise-se: o mesmo não ocorre com o sistema produtor de água, por exemplo, este sim é de titularidade regional, daí a necessidade de outorga para utilização dos entes federados para concretização da prestação de serviços de saneamento. Não há portanto em se falar em competência regionalizada para serviços de saneamento, sob pena de estar-se a ferir o desejo constitucional. Em derradeiro cumpre explanar íncita lição que extraímos da leitura de Dalmo Dallari, segundo o qual “são ainda oportunas para finalizar, algumas considerações sobre a integração de Municípios em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. [...] Os Estados, nesse caso, colaboram com sua experiência e seu aparato técnico para a melhor ordenação da execução das tarefas, mas cada Município continua integralmente autônomo e plenamente responsável pelos encargos de sua competência. Não se altera, de forma alguma e em qualquer medida, o ‘tripé federativo’¹⁹. Não se nega aqui, portanto, a necessidade de planejamento e

¹⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal nº 14.026/2020. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 11, n. 21, p. 11-44, jan./jun. 2022, p. 21.

¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer sobre o projeto de Lei 5.296 de 2005 sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. Revista Jurídica da Presidência da República, Brasília, v. 7, n. 72, maio 2005, p. 14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/index.htm. Acesso em: 05/06/2023.

condicionamentos regionais que surgem para melhor realizar o interesse público, mas até aí partir para um entendimento que contraria a regra federativa, nas parece um equívoco, como ver-se-á a seguir.

1.2 Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ²⁰

Destacamos o presente julgamento pois será a partir do entendimento dele que se verificam as mudanças mais substanciais em dispositivos da nova lei do saneamento, e que nos permitirão perquirir o regime jurídico dos contratos administrativos de concessão.

A Emenda da ADI 1.842/RJ na qual o STF declarou a inconstitucionalidade de vários dispositivos da Lei Complementar nº 87/1997, da Lei nº 2.869/1997 e do Decreto nº 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que, ao disciplinar a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, transferiam ao Estado a titularidade do poder concedente para prestação dos serviços de saneamento. O Tribunal acolheu a proposta do Min. Gilmar Mendes e atribuiu eficácia pro futuro à decisão: manteve a vigência dos dispositivos declarados inconstitucionais pelo prazo de vinte e quatro meses, a contar da data da conclusão do julgamento. O Min. Joaquim Barbosa concluiu que “a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade público-territorial-administrativa, de caráter intergovernamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana” (ADI 1.842, p. 46). Da leitura da Ementa extrai-se dois entendimentos: nas regiões metropolitanas os serviços públicos de saneamento não são de titularidade estadual; nelas os Municípios são obrigados a se unir e decidir conjuntamente sobre a prestação do serviço. Assim nas regiões metropolitanas entendeu o STF que o consorciamento é obrigatório. Nesse sentido a Lei Federal nº 14.026/2020 atribuiu a seguinte redação ao art. 8º, inciso II, a saber:

Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: II – o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.²¹

²⁰ STF, ADI 1842, Rel. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Gilmar Mendes, Pleno, j. 06.03.2013, DJe-181, Divulg. 13.09.2013, Public. 16.09.2013, Ement. V. 02701-01.

²¹ BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Brasil, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 04/06/2023.

Entendemos que diante da positivação a Corte equivocou-se. De sorte que não é possível conciliar a autonomia municipal com a regra de obrigação de consorciamento. Reiteramos, tal medida fere o regime constitucional de competências. Não obstante, havendo interesses comuns que devam ser levados em conta obriga o Estado a criar r um Conselho Deliberativo para, por meio dele, decidir sobre os interesses comuns, que poderá estabelecer diretrizes, restrições à prestação dos serviços tendo em vista o interesse metropolitano, ao interesse da aglomeração ou ao interesse microrregional, respectivamente. Mas daí a supor que tal entidade possa exercer a figura de entidade federativa não parece adequado, isto não está previsto no texto constitucional e não faz nascer portanto essa figura que poderia exercer a competência. Insistimos, mesmo no caso da edição da lei do saneamento, o recurso a atribuir a competência para os serviços de saneamento a entidade completamente nova, a região metropolitana, é inconstitucional. Mesmo que o argumento da economicidade confira argumento importante para que o consorciamento seja realizado, adotamos como premissa, que decorre da constituição, como já discorrido, de que titularidade dos serviços de saneamento básico é exclusiva dos municípios, mesmo nas regiões metropolitanas onde , por exemplo, verifica-se o interesse comum na prestação desses serviços.

Dentro de tal cenário, conclui-se que não há um juízo de oportunidade e conveniência por parte dos Municípios para aderir ou não às regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões criadas por lei complementar estadual, haja vista que, criada quaisquer uma dessas unidades interfederativas, automaticamente a titularidade da prestação do serviço público de saneamento deixa de pertencer aos municípios e migra à nova estrutura criada.

Este aspecto do estudo é importante para destacar como, por vezes, os interesses políticos de grupos econômicos podem interferir na jurisdição. De fato, ao se atribuir competência da titularidade de serviços públicos de saneamento a nova entidade criada pela região metropolitana, cria-se empecilhos para que os municípios tenham liberdade para poder realizar isoladamente o serviço de saneamento. Como é bem sabido o maior quinhão das companhias estaduais de saneamento está nas regiões metropolitanas das capitais dos estados²², de tal sorte que ao ver-se este capital ser diluído por conta de

²² Como exemplo destacamos o Caso da RMSP. A Sabesp, que detém a concessão dos serviços de saneamento, 58,9% do faturamento da Companhia em todo estado vem dos municípios integrantes da região metropolitana de

uma possível saída de municípios componentes da região metropolitana; tais companhias praticamente inviabilizariam seu funcionamento. Assim, muitas das empresas estatais, que tem interesse na renovação de seus contratos de programa fizeram uma pressão velada sob o STF, para que este fizesse uma opção diversa da constituição, em nosso entendimento, em relação à titularidade dos serviços de saneamento básico.

1.3 Formas de descentralização administrativa dos serviços públicos de saneamento

Uma vez estabelecida a titularidade do serviço público de saneamento básico do ponto de vista constitucional, parte-se agora em demonstrar como é realizada a prestação desses serviços necessários à população. Nosso intuito é indicar que de certa forma a questão da titularidade à luz da novo marco legal do saneamento foi possibilitar uma “escolha política dos titulares dos respectivos poderes Legislativo e Executivo, permitindo a transferência ou compartilhamento de competências constitucionais privativas”²³, contrariando assim a ordem constitucional e o pacto federativo de competências; e que tal medida impactou diretamente em como se estabeleceram a edição da lei dos consórcios e o novo marco legal de saneamento; porquanto permitiram a transferência ou compartilhamento de competências nos casos das regiões metropolitanas. Essa possibilidade, em nosso entender, faz jus a atender certos interesses políticos de grupos interessados em “forçar” o consorciamento nas regiões metropolitanas a ente estadual. Por certo essas regiões possuem uma característica importante para esses grupos, em geral são os ativos mais rentáveis para a prestação de serviços de saneamento e portanto a possibilidade de ver-se o bloco desconstituir-se inviabilizaria e alavancagem do negócio. Nesse diapasão com maestria o professor Pedro Serrano nos adverte que “não seria de se tolerar utilizar-se a região metropolitana de convênio, outorga, delegação, contrato de programa ou qualquer outro instrumento para atribuir atividade que titulariza o município ou consórcio intermunicipal, ou que recebesse de algum município atividade ou serviço por ele titularizado, com o fito de ganhos patrimoniais ou

São Paulo. Adaptado de: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/9e47ee51-f833-4a23-af98-2bac9e54e0b3/a77b8d3a-f485-fof4-d101-6ce4127239e3?origin=i>. Acesso em 05/06/2023.

²³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal nº 14.026/2020. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 11, n. 21, p. 11-44, jan./jun. 2022, p. 36.

econômicos por qualquer das partes”²⁴. Assim as formas jurídicas de descentralização dos serviços públicos de saneamento básico, uma vez não podendo ser realizados diretamente pelo estado, tomam lugar de destaque no ordenamento, pois estariam irremediavelmente influenciadas por outros interesses, que não aquele estritamente público²⁵.

Pois bem, partimos agora em definir os contornos de como se opera a descentralização dos serviços de saneamento. De início cumpre definir o que seriam serviços públicos, assim podemos dizer que é “toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de Direito Público.”²⁶ No caso do saneamento, o Estado pode escolher em realizar a prestação direta. Nesses casos deverá mobilizar capital, estrutura e demais meios para realizar a tarefa. Muitas vezes porém, o Estado não terá condições de fazê-lo e o exercerá por meio da descentralização desses serviços.

A descentralização consiste na transferência da titularidade ou apenas do exercício de competências administrativas a outras pessoas, naturais ou jurídicas, com personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. As duas formas de descentralização administrativa são as seguintes: descentralização técnica a outra

²⁴ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Região metropolitana e seu regime constitucional. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 208.

²⁵ Em posição oposta, o professor Ricardo Martins no seu já citado artigo nos informa que os doutrinadores que se debruçaram sobre a Lei de Consórcios Públicos não viram a inconstitucionalidade a que submetemos este artigo. Admitem a possibilidade de transferência e compartilhamento não excepcional de competências. Afirma Marçal Justen Filho: “É perfeitamente possível que competências atinentes à execução de serviços públicos e outros poderes regulatórios acessórios e secundários sejam transferidos – repita-se, seja por via do consórcio público, seja pelos meios atualmente disponíveis” (Parecer elaborado sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 3, jul./set. 2005, p. 21. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 06 junho 2023). Já Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que “A concertação de competências de entes distintos com vistas a executar (mediante gestão associada) serviços públicos não é criação do Projeto de Lei, mas da Constituição. Os consórcios públicos travestem-se em formas de associação e de coordenação entre entes federativos no intuito de gerir serviços públicos de maneira conjunta ou coordenada, por meio do regramento da prestação dos serviços e da alocação de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais conforme as necessidades e possibilidades de cada um dos entes envolvidos. Trata-se, portanto, de manifestação do federalismo de cooperação, pelo qual não apenas todos os entes devem concorrer para a promoção dos serviços públicos essenciais, como também devem cooperar para auxiliar os entes com menor capacidade de investimento e de ação, como é o caso dos Municípios de menor porte. O dispositivo pretende, portanto, permitir e incitar os entes federativos de maior porte (União e Estados) a contribuir com a prestação de tais serviços” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. Revista de Direito do Estado (RDE), Rio de Janeiro, a. 1, v. 2, p. 289-340, abr./jun. 2006, p. 329. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 06 junho 2023). In: MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal nº 14.026/2020. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 11, n. 21, p. 11-44, jan./jun. 2022, p. 37.

²⁶ Utilizamos expressão cunhada por Lúcia Figueiredo. In: FIGUEREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78 e 79.

pessoa administrativa; ou descentralização por colaboração. Na descentralização técnica, será a lei que realizará a descentralização e sempre a uma pessoa jurídica que integrará a Administração Pública do ente político descentralizador. Assim, na descentralização técnica, há a criação de uma autarquia – corporativa, fundacional (as fundações estatais públicas) ou interfederativa –, as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) e as fundações estatais de direito privado. Já a descentralização por colaboração ocorre por meio de um ato administrativo unilateral ou bilateral a pessoas administrativas não integrantes do ente descentralizador, ou a pessoas privadas, naturais ou jurídicas. A celebração de convênios de delegação, contratos de programa e contratos de concessão de serviço público são exemplos de descentralização por colaboração, que é o que nos interessa em nosso estudo.

2.O REGIME JURÍDICO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Antes de adentrar no objeto em si, que são os contratos de programa, cumpre trazer à discussão o regime jurídico ao qual está relacionado o instituto. Nesse sentido existem diversos modelos contratuais para execução de infraestrutura, que é o caso do saneamento. No que tange a nosso estudo porém, para o caso de infraestrutura pública que admita exploração econômica, é possível contratar particulares para que estes assumam o ônus do investimento, em troca do direito à exploração econômica dos serviços atrelados àquela infraestrutura. Tal modo de contratação é realizado por meio de concessões. A primeira lei sobre o assunto foi tratada por meio da Lei federal nº 8.987/95²⁷, que tem característica muito abrangente. Neste sentido muitos outros ordenamentos surgiram, para contextualizar as características jurídicas de cada modelo. No caso em tela o ordenamento pertinente é a Lei Federal 11.107/2005²⁸, a chamada lei dos consórcios. De fato o diploma em tela pretende viabilizar a atuação conjunta de entes federativos para solucionar problemas comuns. Segundo Jacintho de Arruda Câmara “uma primeira fórmula para viabilização de projetos de infraestrutura com base nessa legislação seria por meio da constituição de um consórcio público que

²⁷ LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Lei de Concessões. Brasil, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 05/06/2023.

²⁸ LEI Nº 11.107, DE 6 DE ABRIL DE 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.. BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de ABRIL de 2005. Lei dos consórcios. Brasil, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm. Acesso em: 05/06/2023.

venha a assumir, diretamente, a incumbência de constituir a infraestrutura e prestar serviços”²⁹, podendo firmar convênios, contratos ou acordos de qualquer natureza com entes governamentais. Neste caso havendo interesse comum para solucionar determinada questão relacionada a serviços públicos, podem os entes, no caso os municípios, consorciar-se para realizar operações necessárias para implementação do serviço (por exemplo realizar desapropriações).

Nos termos do art. 2º, § 3º³⁰ da citada lei há também a possibilidade de a constituição do consórcio ser apenas um instrumento para a delegação do serviço a particulares, por meio de concessão. Nesse caso o consórcio serviria, para viabilizar a prestação de serviços em determinado espaço geográfico, com vistas a suprir problemas relacionados a escala econômica e utilização de bens compartilhados pelos entes.

O ponto principal que nos interesse no ordenamento é o artigo 13³¹, que viabiliza o consorciamento a um ente estatal, vinculado a um dos consorciados, o que chama-se contratos de programa. O contrato de programa é o instrumento pelo qual um ente federativo transfere a outro a execução de serviços. No caso do saneamento básico, em que os serviços são comumente prestados por companhias estaduais (a Sabesp, em São Paulo), o contrato de programa é celebrado entre o Município e a Companhia. É neste contrato que são detalhadas as regras para a prestação dos serviços, a política tarifária, as obrigações de cada parte, entre outros aspectos. Segundo a Lei n. 11.107/05, aplicam-se aos contratos de programa, no que couberem, as regras previstas na legislação sobre as concessões de serviços públicos. Jacintho de Arruda Câmara indica que tal instituto tem sido utilizado com notável adesão pelo setor de saneamento³², uma vez que a celebração desses contratos é realizada de forma direta, ou seja, sem licitação,

²⁹Jacintho Arruda Câmara, Contratações públicas para projetos de infraestrutura, em: “Direito da Infraestrutura”, vol. 1, Coords. Fernando S. Marcato; Mario Engler Pinto Junior, São Paulo, Saraiva-FGV Direito SP, 2017, p. 91.

³⁰ Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais. § 2º Os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado. BRASIL. Lei n° 11.107, de 6 de ABRIL de 2005. Lei dos consórcios. Brasil, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11107.htm. Acesso em: 05/06/2023.

³¹ Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. BRASIL. Lei n° 11.107, de 6 de ABRIL de 2005. Lei dos consórcios. Brasil, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11107.htm. Acesso em: 05/06/2023.

³² Jacintho Arruda Câmara, Contratações públicas para projetos de infraestrutura, em: “Direito da Infraestrutura”, vol. 1, Coords. Fernando S. Marcato; Mario Engler Pinto Junior, São Paulo, Saraiva-FGV Direito SP, 2017, p. 92.

privilegiando o ente estatal estadual em detrimento de outros particulares. Tal medida porém foi esvaziada, na medida em que o novo marco legal do saneamento proibiu a renovação dos contratos de programa, impondo a obrigatoriedade de realizar processos de licitação para os municípios contratarem serviços de saneamento básico. Isso trouxe um novo cenário no qual as empresas privadas e estatais podem competir³³.

2.1 Os contratos de programa

Certamente a figura mais polêmica em matéria de delegação de serviços públicos de saneamento básico é o contrato de programa. A base legal do contrato de programa surgiu com a Lei dos Consórcios Públicos como já mencionado, em especial o seu art. 13. A Lei dos Consórcios Públicos promoveu uma modificação importante na Lei 8.666/1993: a introdução do inciso XXVI ao art. 24, admitindo a dispensa de licitação para a celebração de contratos de programa entre entidades da Administração Pública.

Nos termos do art. 13, *caput*, da Lei 11.107/2005³⁴, o contrato de programa disciplina as obrigações que um ente da Federação constituir com outro ente da Federação ou um consórcio público para a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. O § 1º dispõe ainda sobre alguns requisitos dos contratos de programa: (i) observância à legislação sobre concessões e permissões de serviço público (isto é, a Lei 8.987/1995 e a Lei 11.079/2004), em especial sobre cálculo das tarifas; e (ii) procedimentos que garantam transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares. Caso haja

³³ Logo no artigo 1º é expresso ao consignar que a Lei 14.026/2020 se destina a “vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos”, veja-se: “Art. 1º Esta Lei atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar de prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação a unidades regionais, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados”.

³⁴ “Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.” BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de ABRIL de 2005. Lei dos consórcios. Brasil, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm. Acesso em: 05/06/2023.

transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens, o § 2º determina que o contrato de programa estabeleça, sob pena de nulidade, quais serão: (a) os encargos e a responsabilidade subsidiária do ente que os transferiu; (b) as penalidades; (c) o momento da transferência dos serviços e deveres; (d) a alocação da responsabilidade pelos ônus e passivos do pessoal transferido; (e) a identificação dos bens e preços dos que sejam alienados; (f) o procedimento relacionado aos bens reversíveis.

Ainda em relação ao conteúdo, é importante frisar que competências administrativas de organização dos serviços públicos de saneamento básico não podem ser objeto de delegação por contrato de programa. É o que prevê o art. 13, § 4º, da Lei dos Consórcios Públicos³⁵, ao vedar a atribuição ao contratado do “exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados”.

Os contratos de programa são polêmicos, em primeiro lugar, porque não estão previstos na Constituição como modalidades de descentralização de serviços públicos. Afinal, a Constituição faz menção apenas à concessão e permissão, no art. 175, e apenas aos consórcios públicos e convênios de cooperação no art. 241³⁶. O segundo elemento desta polêmica reside no fato de que eles são exclusivos para entes da Federação, não sendo possível a sua celebração com entes privados (o que tem sentido, já que estes só serão prestadores de serviço público municipais por meio de concessão ou permissão). Mas a maior polêmica sempre esteve no fato de que eles são celebrados por dispensa de licitação pública, sem abrir a possibilidade de competição entre potenciais interessados.

Os contratos de programa surgiram, com essa polêmica configuração, com um alvo bem claro: possibilitar que as empresas estatais estaduais de saneamento básico formalizassem e ampliassem a sua atuação nos municípios integrantes do Estado ao qual tais empresas estatais estavam vinculadas. Mais que isso, por conta do § 6º do

³⁵ “§ 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos”. BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de ABRIL de 2005. Lei dos consórcios. Brasil, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11107.htm. Acesso em: 05/06/2023.

³⁶ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”; “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 05/06/2023.

mesmo artigo 13, criaram, segundo alguns³⁷, ”uma das maiores distorções no processo de intervenção do Estado no ambiente econômico-social e que impede a privatização do ente que celebra contratos de programa para prestação de serviços públicos. Isso porque os principais ativos deste ente são as avenças, que acabam automaticamente extintas se o prestador deixar de integrar a administração pública”, veja-se:

§ 62 O contrato celebrado na forma prevista no § 52 deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação.

O problema do dispositivo é que em sua essência permite ao ente estadual burlar a licitação e por consequência a competitividade no setor econômico, o que, entende-se, inviabiliza a participação de entidades privadas no setor.

2.2 Principais alterações e aspectos jurídicos dos contratos de programa e de concessão de serviços públicos de saneamento sob a perspectiva do novo marco legal de saneamento

Com a edição da Lei 14.026/2020 percebe-se importantes modificações no regime dos contratos de programa em saneamento básico. A mais relevante, constante na nova redação do *caput* do art. 10 da Lei do Saneamento, é a vedação à celebração de contratos de programa para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Essa vedação também consta na nova redação do art. 8º, § 1º, I, que veda a formalização de contrato de programa entre consórcios públicos e empresa estatal estadual, bem como no art. 13, § 8º, da Lei dos Consórcios Públicos (com redação dada pela Lei 14.026/2020). Os contratos de programa já vigentes não são afetados pelo art. 10, *caput*, já que o § 3º do mesmo artigo deixa claro que eles permanecem vigentes até o advento do termo contratual. Aliás, não só o art. 10, § 3º, da Lei 11.445/2007, mas também o art. 18, *caput*, da Lei 14.026/2020.

Também cumpre destacar que quando ocorrer a alienação do controle das empresas estatais estaduais de saneamento básico, o art. 14, *caput*, estabelece que os contratos de programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão. O § 1º dispõe que, se a empresa estatal a ser privatizada não manifestar necessidade de alteração de prazo, objeto e outras cláusulas no

³⁷ A conclusão é oferecida por Kleber Zanchim no tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico organizado pelo professor Augusto Neves Dal Pozo. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord). Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 677 e 678.

momento da alienação, então ficará dispensada a anuência prévia de alienação pelos entes que formalizaram o contrato de programa. Se houver essa manifestação da empresa estatal, o § 2º determina que a empresa estatal apresente proposta de substituição dos contratos existentes aos entes públicos titulares (observadas as metas de universalização contidas no art. 11-B da Lei 11.445/2007). Feita a proposta, os titulares terão 180 (cento e oitenta) dias para se manifestarem sobre o tema (§ 4º); não havendo manifestação do titular nesse prazo, o § 5º do art. 14 determina que o silêncio terá o efeito de anuência à proposta de substituição dos contratos. Assim decorre do dispositivo que não se mostra mais possível celebrar contratos de programa. Portanto, a partir desta lei, as empresas estatais poderão prestar os serviços de saneamento básico por meio de novos contratos; mas apenas se forem celebrarem contratos de concessão e se a empresa estatal se sagrar vencedora da licitação pública.

Outro aspecto importante a se aclarar remete à possibilidade de prorrogação dos atuais contratos de programa. Nesse diapasão diferencia-se a prorrogação de contrato de concessão de uma prorrogação de contrato administrativo regido pela Lei 8.666/1993. Neste último caso, a prorrogação basicamente aumenta o prazo, mantendo praticamente intacta todas as cláusulas contratuais. Isso ocorre porque essas prorrogações dificilmente ocorrem por um período superior a um ano. No caso das concessões de serviço público, por serem contratos de longo prazo, a prorrogação implica uma verdadeira renegociação contratual, uma repactuação. Novos investimentos são projetados para o novo período contratual; novas condições de atualização, parâmetros de desempenho e remuneração são fixadas. Nota-se tratar-se de um novo contrato de concessão. E, nesses casos, a grande questão para a decisão pública de prorrogar é: por qual razão não deve ser feita uma nova licitação? É preciso que a prorrogação seja potencialmente mais vantajosa para o interesse público do que a realização de uma nova licitação³⁸.

³⁸ Interessante visão sobre o tema das prorrogações é exposto pelo Professor Carlos Ari Sundfeld em preciosa argumentação que enumera as razões pelas quais, em determinadas situações, a prorrogação de contratos de concessão pode ser mais vantajosa para a Administração Pública do que a licitação em si (Carlos Ari Sundfeld, Um grave risco para o programa de concessões, disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/um-grave-risco-para-o-programa-de-concessoes/>), acesso em 05/06/2023. Tese a qual concordamos, mas que fazemos ressalvas, pois do mesmo modo a imposição de uma licitação, também em determinados casos, tem o condão de construir para a Administração a melhor opção naquele caso concreto. De uma e outra maneira, parece que para ambas escolhas existem argumentos bastante razoáveis que conformam a decisão. Nesse ponto consideramos que a questão nevrálgica é a ponderação, sopesados os diversos fatores, a melhor decisão a ser tomada pela Administração será aquela que melhor atenda o Interesse Público. O que nos incomoda na discussão porém é por vezes a superficialidade a que submetem a questão, talvez por razões meramente ideológicas ou outros fatores que não os desejadamente científicos. Nossa proposta é submeter o problema ao teste científico como forma de

No caso dos contratos de programa, também de longo prazo, não está mais aberta a porta da prorrogação, já que os contratos de programa em si deixam de ser válidos; após seu termo, consoante a aplicação do previsto pelo novo marco legal do saneamento, realiza-se licitação para nova contratação. Por outro lado podem vir a ocorrer situações em que a necessidade de indenizar as companhias estatais estaduais pelos bens reversíveis não amortizados ou depreciados, de toda infraestrutura que foi criada, reformada e ampliada pela empresa estadual de saneamento básico. E é certo que estas empresas estatais devem ser indenizadas pelos bens não amortizados ou depreciados. Em alguns casos, os municípios simplesmente não terão dinheiro para indenizá-las, surgindo a prorrogação do contrato de programa como opção pela falta de pagamento. Isto porém seria como atentar ao próprio dispositivo que impõe o dever de licitar os contratos administrativos ao fim de seu termo. Uma questão a ser estudada em outro momento, com a ocorrência mais frequente dessas situações. A ver como se comportará a jurisdição diante do problema.

Desta feita, de uma e outra maneira, tais premissas indicam que as empresas estaduais de saneamento terão que se modernizar, ter atrativos que a permitam participar em iguais condições com entes privados, de disputas que possam vir a acontecer por conta das licitações de contratos de concessão. De fato, a vedação a novos contratos de programa é a mais adequada aos arts. 175 e 241 da Constituição. A pureza da análise jurídica, contudo, não afasta a seriedade do problema concreto de natureza política e econômico-financeira que os Estados enfrentarão. Afinal, terão que alienar o controle da empresa estatal ou torná-las mais eficientes de modo a competir no mercado de saneamento básico em licitações futuras.

CONCLUSÃO

Concluimos no presente estudo que existem dois pontos que consideramos nefrágicos para o setor de infraestrutura de saneamento. De um lado a questão da titularidade dos serviços públicos de saneamento, que a partir da edição da lei de consórcios e da novo marco legal do saneamento, que entendemos, estar eivado de vícios em relação à constitucionalidade de se atribuir a ente estatal competência que é privativa de municípios em regiões metropolitanas. De outro foi demonstrar o regime

afastar o tanto quanto mais possível indeterminações que comprometam os resultados. Tema que pretendemos elaborar melhor em outra oportunidade, não para o escopo desse estudo.

jurídico a que se submetem os entes quando necessária a descentralização dos serviços públicos de saneamento, especialmente a descentralização por colaboração por meio dos contratos de programa, que inviabiliza, em um primeiro momento, a concorrência no setor econômico, porquanto permite que sejam realizadas contratações sem necessidade de licitação. Tal premissa foi levada a cabo por anos pelas empresas estaduais de saneamento, que fizeram, em sua maior parte, as renovações de contratos de programa sem a necessidade de se licitar.

Em contraponto a essas teses , na primeira, entendemos que a constituição de consórcios ou outros arranjos não podem ser vedados, pelo contrário, são instrumento útil para consecução do interesse público, uma vez que é fundamental para organizar e gerir a realização de determinado serviço em conurbações de municípios. Nossa objeção não é em relação a essa possibilidade, útil como dissemos, mas em realizar isso a arripio do ordem constitucional constituída, por motivos que nem sempre poderão ser desvelados (interesses de grupos econômicos, de empresas estatais) e que, em nosso entender, não são científicos, mas sim advocatórios. Na segunda posição, a assunção da lei do novo marco legal da saneamento coibiu que o instituto dos contratos de programa fossem utilizados, permanecendo apenas aqueles em vigência. De sorte novas contratações no setor deverão ser precedidas de licitação, o que confere aquele caráter competitivo tão almejado pela atividade econômica.

Tanto um quanto outro ponto denotam a seguinte realizada: a de que o setor de infraestrutura de saneamento, notadamente relacionado à prestação de serviços, está impregnado de uma cultura retrógrada do ponto de vista econômico e empresarial, apegada a valores distantes dos tempos hodiernos. Existe uma resistência muito grande à evolução das empresas estaduais de saneamento, que repercute em sua cultura organizacional. Não se quer ter processos internos mais eficientes, não quer se abrir ao profissionalismo gerencial, não se pretende habitar um espaço concorrencial que incentive a constante mudança; está-se sim a repercutir velhos mecanismos de reserva de mercado e de ineficiência empresarial.

Nosso estudo pretendeu ser estritamente jurídico, nesse sentido demonstrando as contradições do sistema normativo vigente para sustentar nossos argumentos. Não pudemos encontrar no sistema jurídico, para utilizar nossos exemplos, a justificativa para delegação de competência privativa de municípios a outro ente; tampouco de fechar-se a um ambiente concorrencial saudável e que privilegia a competição, previsto

constitucionalmente. Pudemos no entanto desvelar algumas questões que fogem à cientificidade necessária ao direito e por isso temos o dever de enfrentar, a ideia de que boa parte do setor de saneamento se organizou de tal forma a fazer prevalecer seus interesses, em detrimento daquilo que entendemos mais substancial: o interesse público.

Nossa proposta por fim não é apenas apontar as contradições inerentes ao setor do ponto de vista do ordenamento jurídico, bem como das incongruências que se cometem para servir a interesses próprios, mas também para que seja dado azo ao incentivo necessário para que as empresas do setor de prestação de serviços de saneamento básico, notadamente as públicas, possam se debruçar efetivamente a maneiras de modernizar-se e fazer frente aos desafios regulatórios e empresariais que se apresentam como forma de sobreviverem ao futuro que se apresenta. Tal premissa por si já mereceria aplausos daqueles partícipes do setor, pois intenta a duas conclusões: o desenvolvimento do setor econômico de serviços de saneamento, o que naturalmente remete à melhores condições de emprego, de gestão empresarial, de assunção de tecnologia; e o atendimento ao interesse público da forma mais ótima possível, uma decorre doutra.

REFERÊNCIAS

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Direito do saneamento: introdução à Lei de diretrizes nacionais de saneamento básico: Lei Federal n. 11.445/2007. Campinas: Millennium, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Competência urbanística municipal e competência da União em matéria de telecomunicações: interferências. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 43, p. 26-35, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 11, ago./out. 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 05/06/2023.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de ABRIL de 2005. Lei dos consórcios. Brasil, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11107.htm. Acesso em: 05/06/2023.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Lei de Concessões. Brasil, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 05/06/2023.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Brasil, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 04/06/2023.

BRASIL. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Lei de gestão de recursos hídricos. Brasil, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em: 04/06/2023.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratações públicas para projetos de infraestrutura, em: “Direito da Infraestrutura”, vol. 1, Coords. Fernando S. Marcato; Mario Engler Pinto Junior, São Paulo: Saraiva-FGV Direito SP, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer sobre o projeto de Lei 5.296 de 2005 sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. Revista Jurídica da Presidência da República, Brasília, v. 7, n. 72, maio 2005, p. 14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/index.htm. Acesso em: 05/06/2023.

FIGUEREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal: Parecer elaborado sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 3, jul./set. 2005, p. 21. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 06 junho 2023).

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Recursos hídricos: Direito brasileiro e Internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. Revista de Direito do Estado (RDE), Rio de Janeiro. a. 1, v. 2, p. 289-340, abr./jun. 2006, p. 329. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 06 junho 2023).

MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal nº 14.026/2020. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 11, n. 21, p. 11-44, jan./jun. 2022.

COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP. Apresentação 1T23. São Paulo: SABESP, 2023. Adaptado de: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/9e47ee51-f833-4a23-af98-2bac9e54e0b3/a77b8d3a-f485-fof4-d101-6ce4127239e3?origin=1>. Acesso em 05/06/2023.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Região metropolitana e seu regime constitucional. São Paulo: Verbatim, 2009.

STF, ADI 1842, Rel. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Gilmar Mendes, Pleno, j. 06.03.2013, DJe-181, Divulg. 13.09.2013, Public. 16.09.2013, Ement. V. 02701-01.

SUNDFELD, Carlos Ari. Um grave risco para o programa de concessões, disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/um-grave-risco-para-o-programa-de-concessoes/>), acesso em 05/06/2023.

ZANCHIM, Kleber. POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord). Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro. São Paulo: Contracorrente.