



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, REGULAÇÃO E  
POLÍTICAS PÚBLICAS

SAMUEL RODRIGUES DE MIRANDA NETO

**A consecução do direito humano ao saneamento básico sob  
a perspectiva do federalismo brasileiro**

BRASÍLIA  
2021

SAMUEL RODRIGUES DE MIRANDA NETO

**A consecução do direito humano ao saneamento básico sob a perspectiva do federalismo brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Universidade de Brasília, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Direito e Políticas Públicas.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra Dalledone

Data de aprovação: 03.09.2021

Banca examinadora:

---

Profa. Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra Dalledone (Orientadora) – UnB

---

Profa. Dra. Debora Bonat – UnB

---

Profa. Dra. Melina Girardi Fachin – UFPR

BRASÍLIA  
2021

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, por tudo; aos meus amigos, por tanto.

À minha orientadora, Professora Maria Pia, pela generosa e leve maneira de ensinar; à Universidade de Brasília, por me abrir caminhos e possibilidades.

À Deus, à vida, ao amor.

## RESUMO

A essencialidade da água vai muito além do seu aspecto biológico, enquanto substrato maior de todas as formas de vida; sua imprescindibilidade está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana. O saneamento básico, assim, é direito fundamental autônomo, o qual, como muitos outros, está consubstanciado em comandos constitucionais ao Estado brasileiro, atinentes a políticas públicas. Contudo, não raro, a forma como os próprios Poderes Públicos interpretam e materializam o espírito da forma federativa e a distribuição das competências estampadas na Constituição da República opera em desfavor da consecução de ações estatais voltadas à materialização das prestações essenciais, cenário maximizado no caso dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, à vista do lacônico tratamento dispensado ao tema pelo legislador constituinte. Neste trabalho, estruturado em três capítulos, pretendemos realizar uma apreciação descritiva do tema, arriada na coleta de dados em sítios eletrônicos oficiais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como em doutrina e artigos científicos dedicados ao tema do saneamento básico. A recente reforma da Lei nº 11.445/2007 e o despertar, ainda que lento e limitado, da consciência coletiva em torno da significância do direito ao acesso a boas condições sanitárias, no contexto, ainda, da luta contra uma pandemia, cujo combate passa pela simples higienização das mãos com águas e sabão pelas pessoas, enseja a necessidade de estudar em qual medida as estruturas federais desenhadas no Brasil interferem na efetiva consubstanciação desses serviços. Nesta pesquisa, busca-se colaborar com o conhecimento acerca da titularidade do saneamento básico na moldura constitucional brasileira, bem como com as discussões em torno da regulação e a cooperação entre os entes federativos na prestação desses serviços, para, ao fim e ao cabo, contribuir para a promoção da universalização do acesso à água tratada e a hígidas condições sanitárias.

Palavras-chave: Saneamento Básico; Direitos Humanos; Federalismo; Políticas Públicas; Regulação.

## ABSTRACT

The essentiality of water goes far beyond its biological aspect, as the main substrate of all forms of life; its indispensability is directly related to the dignity of the human person. Basic sanitation, therefore, is an autonomous fundamental right, which, like many others, is embodied in constitutional commands to the Brazilian State, relating to public policies. However, often, the way in which the Public Authorities themselves interpret and materialize the spirit of the federative form and the distribution of competences stamped in the Constitution of the Republic operates against the achievement of state actions aimed at materializing essential benefits, a maximized scenario in the case of water supply and sanitary sewage services, in view of the laconic treatment given to the subject by the constituent legislator. In this work, structured in three chapters, we intend to carry out a descriptive assessment of the theme, based on data collection on official websites of the Executive, Legislative and Judiciary Powers, as well as on doctrine and scientific articles dedicated to the theme of basic sanitation. The recent reform of Law No. 11.445/2007 and the awakening, albeit slow and limited, of collective awareness around the significance of the right to access to good sanitary conditions, in the context, still, of the fight against a pandemic, whose fight involves the simple hand hygiene with soap and water by people gives rise to the need to study the extent to which federal structures designed in Brazil interfere in the effective implementation of these services. In this research, we seek to collaborate with the knowledge about the ownership of basic sanitation in the Brazilian constitutional framework, as well as with the discussions around the regulation and cooperation between federative entities in the provision of these services, so, in the end, contribute to the promotion of universal access to treated water and healthy sanitary conditions.

Keywords: Sanitation; Human Rights; Federalism; Public Policy; Regulations.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>ABAR</b>	Associação Brasileira de Agências de Regulação
<b>ADI</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>ADPF</b>	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
<b>AGEPAR</b>	Agência Reguladoras de Serviços Públicos Delegados do Estado do Paraná
<b>AGERGS</b>	Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul
<b>AIR</b>	Análise de Impacto Regulatório
<b>ANA</b>	Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico
<b>BNH</b>	Banco Nacional de Habitação
<b>CADH</b>	Convenção Americana de Direitos Humanos
<b>CEBS</b>	Companhias Estaduais de Saneamento
<b>CEDAE</b>	Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Estado do Rio de Janeiro
<b>EC</b>	Emenda Constitucional
<b>FGTS</b>	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
<b>IDH</b>	Índice de Desenvolvimento Humano
<b>OCDE</b>	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
<b>OMS</b>	Organização Mundial de Saúde
<b>ONU</b>	Organização das Nações Unidas
<b>PDT</b>	Partido Democrático Trabalhista
<b>PEC</b>	Projeto de Emenda Constitucional
<b>PLANASA</b>	Plano Nacional de Saneamento Básico
<b>SABESP</b>	Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
<b>SNIS</b>	Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>SUS</b>	Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

	<b>Pág.</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	08
<b>1 A ÁGUA E O SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	16
1.1 A caracterização e concretização do acesso à água tratada como direito humano.....	16
1.2 A aplicação do direito humano ao acesso à água tratada ao âmbito interno e a construção de um direito fundamental.....	23
<b>2 A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS SANITÁRIOS NO MODELO FEDERAL BRASILEIRO.....</b>	32
2.1 O saneamento básico constitucionalmente positivado e o federalismo cooperativo.....	32
2.2 A problemática (in)definição constitucional da titularidade do serviço de saneamento básico.....	41
2.3 O modelo de cooperação interfederativa da Lei nº 11.445/2005 e a nova face da prestação regionalizada.....	47
2.4 A titularidade do saneamento básico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – um exame retrospectivo e prospetivo.....	52
<b>3 A REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DO FEDERALISMO: a nova roupagem da ANA e as normas de referência diante do Pacto Federativo.....</b>	59
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	80
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	82

## INTRODUÇÃO

Na pesquisa em tela, objetivamos traçar um estudo do saneamento básico, com foco no abastecimento de água potável e esgotamento sanitário – frações da ampla definição estampada na Lei nº 11.445/2007, o qual contempla, ainda, os serviços de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos e águas pluviais, nos termos do art. 3º, I, desse estatuto –, em cotejo com o modelo federativo adotado pelo legislador constituinte de 1988, a fim de identificar os problemas em torno da titularidade desses serviços públicos, apontando os prejuízos daí decorrentes, especificamente quanto à implementação de políticas públicas de universalização e prestação adequada, bem como no desenvolvimento da atividade regulatória respectiva, em especial, os questionamentos em torno da higidez constitucional do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, inaugurado com a edição da Lei nº 14.026/2020.

Para tanto, partiremos da premissa de que o direito de acesso à água potável e ao apropriado tratamento de dejetos sanitários configura um direito humano básico e autônomo, diretamente relacionado, precipuamente, ao direito à vida, e, holisticamente, à tutela da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tal pressuposto é alcançado sob a óptica do tratamento convencional dado ao tema e de uma leitura substancial dos direitos fundamentais dimanados da Constituição Republicana de 1988.

Como já explanado, o exame do art. 3º, I, da Lei nº 11.445/2007, na redação dada pela Lei nº 14.026/2020, revela que o legislador ordinário abraçou um conceito lato de saneamento básico, qual seja, o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações voltado ao abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

Nesse aspecto conceitual, alerta Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz (2016, p. 29-33) a tradicional ausência de consenso doutrinário sobre quais seriam, de fato, os serviços encampados pelo saneamento básico, apontando o autor que, em função da falta de maior rigor legal, bem como da baixa densidade técnica-jurídica do objeto ora examinado, “muito se debate sobre quais são os serviços de saneamento básico, inclusive com o surgimento de novas nomenclaturas como ‘saneamento ambiental’ e ‘saneamento do meio’”. Indubitavelmente, essa constatação decorre do notável e incompreensível desapareço estatal no que se refere à adequada regulação e efetiva implementação do saneamento básico ao longo dos anos, circunstância da qual deflui a relevância de seu estudo.



Dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)<sup>1</sup> apontam que apenas 54,1% dos brasileiros são servidos por coleta de dejetos ou fossa séptica, e, mesmo tais usuários, não têm garantido o adequado tratamento do esgoto; é dizer: o serviço público é prestado de forma limitada e deficitária, e, mesmo quando prestado, é, em muitos casos, incompleto. Em reforço, dados da Organização Mundial da Saúde, que subsidiaram o Parecer nº 71/2020<sup>2</sup>, lavrado pelo Senador Tasso Jereissati no trâmite do Projeto de Lei nº 4.162/2019, do qual nasceu o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, demonstram que cerca de 15 mil pessoas morrem e outras 350 mil são internadas no Brasil todos os anos, devido a doenças diretamente relacionadas à ausência ou má prestação do saneamento básico.

Assim, a imprescindibilidade desses serviços para a consagração de direitos fundamentais estampados na Constituição da República torna ainda mais primordial entender a quem cabe cada etapa necessária à sua prestação e quais seriam as melhores interpretações das normas constitucionais e infraconstitucionais para sua satisfatória consecução. Em sua clássica obra “Direito Ambiental Constitucional”, José Afonso da Silva (2019, p. 218-219) destaca a essencialidade do saneamento básico, notadamente o serviço de esgotamento:

Os esgotos são uma exigência da vida civilizada. São contemporâneos das concentrações populacionais, como elementos fundamentais de qualquer Política Sanitária razoavelmente consciente dos problemas de saúde pública. São, pois, não apenas inevitáveis, mas necessários. A questão está no seu tratamento, na ordenação adequada dos emissários e do seu destino final. A velha prática de fazer-lhes os terminais nos rios e lagos, demonstrou, assim, que um elemento de elevada importância para a saúde pública se transformara em uma séria fonte de poluição das águas, com grave risco para a saúde da população, pois os esgotos são depositários não só de vírus, bactérias e tóxicos químicos prejudiciais à saúde, mas também de grande concentração de nutrientes que têm efeito danoso para a vida aquática [...].

Passando a um sinóptico exame histórico de sua disciplina legal, observamos que o saneamento básico sempre caminhou lado a lado com a urbanização brasileira, conjuntura que se verifica até os dias hodiernos, como se depreende da própria Constituição da República de 1988, porquanto, no art. 21, inciso XX – a primeira de suas três singelas referências ao saneamento básico –, o legislador constituinte “utiliza a palavra ‘inclusive’, inserindo dentro da denotação do conceito de ‘desenvolvimento urbano’ a habitação, o saneamento básico e o transporte urbano” (FREIRE, 2017).

Segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2017, p. 103-104), até a metade do século XIX, ainda no contexto colonial, não havia sido promovida absolutamente nenhuma política

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>>. Acesso em julho de 2021.

<sup>2</sup> Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140534>>. Acesso em julho de 2021.

pública voltada à questão sanitária, o que só veio a ocorrer, minimamente, com o desembarque da família real portuguesa no Brasil. Nas décadas seguintes, a esmagadora parcela da população ainda não tinha acesso às serventias básicas de água e esgotamento sanitário, em que pese a produção normativa pontual – a exemplo de alocação orçamentária para a contratação de serviços de limpeza das casas e manejo das águas pluviais da cidade do Rio de Janeiro, na Lei Imperial nº 719/1853, e da edição do Decreto Estadual nº 56/1892, mediante o qual se determinou a contratação de engenheiros para obras de saneamento do Estado de São Paulo, pelo Decreto Estadual nº 56/1892 –, bem como a delegação dos serviços à iniciativa privada, consubstanciada na contratação da *The Rio de Janeiro City Improvements Company Limited*, de capital inglês, em 1863, para executar obras de esgotamento nas ruas e prédios do centro da capital fluminense<sup>3</sup>, e da *Ceará Water Works Company Limited*, também inglesa, dentre outras avenças semelhantes,.

Nesse tenebroso quadro, no qual a população não dispunha de água potável, tampouco de adequado tratamento para seus dejetos, surgiram gravíssimos problemas de saúde pública. Importa destacar que, no início do século XX, os serviços de saneamento básico eram “estruturados à luz do higienismo, visando a redução da mortalidade por doenças de origem infecciosa, não infecciosa e parasitárias” (LAHOZ, 2016, p. 73); essa política higienista, originada do pensamento liberal, segundo a qual as doenças eram tidas como fatos sociais, ensejou “profundas intervenções sobre a cidade, e, principalmente, sobre as moradias populares”, as quais, contudo, não se expandiram coletivamente, limitando-se ao âmbito domiciliar, de forma individualizada (GROTTI, 2014, p. 105).

Percebeu-se, enfim, que a falta de saneamento básico era um problema de ordem nacional, contexto que levou a Administração Pública Federal a assumir, mesmo que de forma incipiente, a condução do planejamento de políticas públicas de saúde. Além da criação do Departamento Nacional de Obras de Saneamento, foi editado, um pouco antes, o Código Brasileiro de Águas (Decreto nº 24.643/1934), diploma que, apesar de não regulamentar devidamente a estruturação dos serviços de saneamento, teve a louvável preocupação de conferir prioridade às políticas públicas de abastecimento de água potável à população.

Conforme os Estados e Municípios foram retornando à centralidade administrativa do saneamento básico, e a passagem do governo federal às funções mais gerenciais, de coordenação e fiscalização, nos moldes do Plano Nacional de Financiamento para

---

<sup>3</sup> Disponível em: <[https://cedae.com.br/tratamento\\_esgoto/tipo/historia-do-tratamento-de-esgoto](https://cedae.com.br/tratamento_esgoto/tipo/historia-do-tratamento-de-esgoto)>. Acesso em abril de 2021.

Abastecimento de Água, tal serviço começou a ganhar autonomia em relação à saúde, mais especificamente a partir da segunda metade do século XX (GROTTI, 2017, p. 108-109).

Com a ditadura militar, o saneamento básico se tornou a “menina dos olhos” do Governo Federal. Esse período foi inaugurado com a criação da Política Nacional de Saneamento Básico, mediante o Decreto-Lei nº 248/1967, que, também, instituiu órgão deliberativo das diretrizes concernentes ao abastecimento de água e esgotamento sanitário, aspectos integrantes do conceito de saneamento básico, nos moldes determinados à época pela Lei nº 5.318/1967. Naquele período, segundo aponta Dinorá Adelaide Musetti Grotti, os serviços e os investimentos públicos eram efetivados a nível municipal, não obstante 37% da população fosse abastecida por operações estaduais (2017, p. 111).

A par disso, a Lei nº 6.528/1978 constituiu o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), regulamentado pelo Decreto nº 82.587/1978, cujo escopo era, em síntese, condensar os vários programas governamentais, para, então, fomentar a infraestrutura do serviço através das Companhias Estaduais de Saneamento (CEBS), financiadas com recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), atingindo, assim, a expansão do fornecimento de água e do esgotamento sanitário. O passar dos anos, porém, revelou o fracasso do PLANASA, mesmo após uma tentativa de repaginação em 1975, sendo ele extinto no início em 1992; sobre isso:

Embora tenham ocorrido avanços no que tange à expansão dos serviços de abastecimento de água, a universalização não foi alcançada, pois significativo segmento populacional não teve acesso aos mesmos, ficando à margem do sistema devido à sua incapacidade em remunerá-los através do pagamento de tarifas. Paralelamente, houve um aumento de demanda por sistemas de esgotamento sanitário em função da impossibilidade das companhias de saneamento em atender aos crescentes déficits em saneamento, apesar do financiamento oriundo do PLANASA, o que acarretou a revisão do Plano, em 1975. Várias foram as dificuldades enfrentadas no processo de implementação do PLANASA, as quais provocaram uma desestruturação na base do modelo e enfraqueceram o Plano. A recessão econômica que atingiu o país nos anos 80, aliada ao alto grau de endividamento do setor, teve sérios efeitos sobre o PLANASA. [...] A conjuntura política e institucional da época não mais proporcionava ao PLANASA condições de sobrevivência, de tal forma que, em julho de 1992, teve a sua extinção oficializada através da Resolução n. 076/92 do Conselho Curador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (GROTTI, 2017, p. 113-114).

Com o fim do PLANASA, buscou-se, durante a década de 1990, um novo substrato regulatório do setor, agora sob a égide de uma política de desestatização de serviços públicos. Foram instituídos alguns programas voltados para o saneamento básico, sempre norteados pelo escopo de privatização, sem que houvesse, contudo, um marco legal que o disciplinasse,

conquanto alguns projetos de lei nessa linha tenham tramitado no legislativo àquele tempo<sup>4</sup>. As tentativas de se lançar uma sólida política sanitária foram ganhando corpo a partir do governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, com a criação do Ministério das Cidades – o qual tinha, como atribuição, inclusive em caráter prioritário, a gestão das questões de saneamento básico urbano e rural, juntamente com os programas habitacionais –, e o estabelecimento da diretriz de robustecimento da atuação estatal, visando a universalização (GROTTI, 2017, p. 116-117).

Sem embargo, passada a primeira metade dos anos 2000, o país continuava sem um marco regulatório para o saneamento básico, vazio legislativo que perdurou até a edição da Lei nº 11.445/2007, o qual, de início, já se ocupou em ampliar o conceito até então sedimentado desse serviço, incluindo nele a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas – calha pontuar que, nesse lapso, alguns diplomas normativos atinentes a objetos diversos, mesmo de forma não tão profunda, trataram do saneamento básico, a exemplo da Lei nº 8.080/1990, disciplina legal do Sistema Único de Saúde (SUS), e da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) (BERTOCELLI, 2020, p. 24).

O marco regulatório de 2007 cuidou, ainda, em sistematizar as características de cada um desses serviços, e estabelecer princípios, objetivos e diretrizes a serem observados na sua prestação, além de ampliar os direitos dos usuários, disciplinar a regulação do setor, e, de forma bastante perspicaz, desenhar as linhas gerais de um microsistema de políticas públicas sanitárias, ambientais e de saúde, consoante espelha o seu art. 2º, VI, segundo o qual é princípio da prestação do serviço de saneamento básico a *“articulação com as políticas públicas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, (...)”*, e o art. 44, que cuida do licenciamento ambiental das unidades de tratamento de dejetos.

Em 2013, as normas da Lei nº 11.445/2007 foram integradas ao planejamento nacional do setor, regulamentado pelo Decreto nº 8.141/2003, o qual, partindo de metas e políticas públicas definidas para cada um dos setores do saneamento básico, consagrou a universalização do serviço. Outrossim, no plano externo, o Brasil foi um dos 193 países signatários da Agenda Pós-2015, documento elaborado pela Organização das Nações Unidas (ONU), cujos fitos principais são o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza, contemplando 169

---

<sup>4</sup> Dinorá Adelaide Musetti Grossi aponta os Projetos de Lei nº 266/1996 e nº 560/1999, ambos de iniciativa do Senado Federal, e nº 4.147/2001, encaminhado pelo Poder Executivo, além do Projeto de Lei Complementar nº 72/1999 (2017, p. 115).

metas e 17 objetivos, dentre eles, “garantir a disponibilidade e a gestão sustentável de água potável e do saneamento para todos” (Objetivo nº 6)<sup>5</sup>.

Enfim, indicava-se a instituição de diretrizes gerais de saneamento básico pela União, a princípio, em consonância com o federalismo de cooperação, acolhido pela Constituição da República de 1988, consubstanciando uma estrutura de uniformização diretiva posta pelo ente maior, a ser observada, de forma homogênea, pelos entes menores.

Com a sempre premente necessidade de acesso universal e equitativo de água potável e saneamento básico, aliada a uma mudança de ideologia política e econômica verificada no país a partir do afastamento da Presidente Dilma Rousseff do poder, em 2016, ergueu-se a discussão acerca da revisitação da regulação desses serviços, o que ensejou a edição das Medidas Provisórias nº 844 e nº 868 – ambas tinham como missão, ao fim e ao cabo, fomentar os investimentos no setor, como meio para se alcançar a quase utópica universalização dos serviços, e, não sendo convertidas em lei, perderam sua eficácia (BERTOCELLI, 2020, p. 26-27). Seguidamente, afinal, foi apresentado o já citado Projeto de Lei nº 4.162/2019, o qual teve por base o texto da Medida Provisória nº 844 de 2018.

O Relator, Senador Tasso Jereissati, argumentou, no bojo do parecer de sua lavra, anteriormente destacado, apresentado por ocasião da tramitação, que a modernização do marco legal do saneamento básico é “absolutamente necessária e urgente”, anotando o número aproximado de 35 milhões de brasileiros que não têm acesso a água tratada, e as 104 milhões de pessoas que não dispõem de serviços mínimos de coleta de esgoto, realidade prejudicial aos “índices de desenvolvimento humano (IDH) e resulta e imensos prejuízos sociais e econômicos”, além dos gravames à saúde pública daí decorrentes, prejuízos econômicos e sociais, como a baixa escolaridade da população em áreas sem acesso a rede de água e coleta de dejetos<sup>6</sup>.

Ademais, extrai-se da exposição de motivos do mencionado Projeto de Lei<sup>7</sup>, a busca pela captação de recursos privados, decorrência incontestável da ideologia política e econômica verificada atualmente no país, bem como a promoção da eficiência do setor, por meio do aperfeiçoamento da atividade regulatória, o que, por conseguinte, reflete na qualidade e nos preços dos serviços.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/6>>. Acesso em abril de 2021.

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140534>>. Acesso em abril de 2021.

<sup>7</sup> Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>>. Acesso em março de 2021.

Promulgada em 15 de julho de 2020, a Lei nº 14.026/2020 – mediante a qual foram alterados, além da Lei nº 11.445/2007, outros diplomas correlatos, dentre eles, a Lei nº 9.984/2000, mediante a qual foi criada a Agência Nacional de Águas (ANA; transformada em Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico), a Lei dos Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005), e o Estatuto da Metrópole (Lei nº 13.089/2015) – tem como propósito nuclear a ambiciosa meta de universalização do saneamento básico até 2033, valendo-se para tal de diretrizes como a obrigatoriedade de regulação, a atribuição de novas competências à ANA, a regionalização dos serviços, o favorecimento à concorrência e a atração à iniciativa privada; vê-se, portanto, que, com o “Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico” foram promovidas significativas mudanças no panorama normativo da matéria.

A revisão dessa política pública, reafirmando-se a primordialidade da universidade do saneamento básico no Brasil, mostra-se conveniente, porquanto é patente o fracasso da Lei nº 11.445/2007 no escopo de atingir o ideal de desenvolvimento do setor, muito embora o diploma tenha o mérito de alçar o abastecimento d’água e o esgotamento sanitário à sua “maioridade” enquanto serviços públicos (PORTO ALEGRE, 2020, p. 125).

Outro *turning point* (infelizmente) verificado no tema em análise, contemporâneo à reestruturação normativa trazida em 2020, é a crise sanitária causada pela pandemia global do Covid-19, uma nefasta conjuntura de saúde pública que revelou a inexorável premência de se promover a releitura de algumas ideias sedimentadas na interpretação das competências constitucionais. Com efeito, diante das muitas milhares de mortes e do gravíssimo quadro de saúde pública vivenciado no Brasil, claramente imputáveis à falta de providências eficazes pelo Estado Brasileiro, nomeadamente o governo federal, a imprescindibilidade de se garantir condições sanitárias básicas a todos assumiu a atenção que, há muito, merecia. Ao tempo em que muitas pessoas perdiam a vida, observou-se o omissivo (por que não comissivo?) impasse entre as Administrações Públicas das esferas federal, estadual e municipal no combate ao vírus, levado ao Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.341 e nº 6.343<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Tais ações de controle abstrato foram ajuizadas em face da Lei nº 13.979/2020, mediante a qual foram instituídas medidas de enfrentamento ao coronavírus, cuja redação foi objeto de alteração pela Medida Provisória nº 979/2020, justamente após a adoção de algumas providências pelos Estados-membros. O diploma, a partir disso, passou a limitar as medidas das autoridades à esfera de sua competência, cingindo, por exemplo, as restrições de locomoção impostas pelos governos subnacionais ao âmbito interestadual ou intermunicipal (art. 3º, VI, *b*), e outorgando poderes ao Presidente da República para dispor, em decreto, sobre serviços públicos e atividades essenciais (§ 9º do mesmo dispositivo). O deslinde construído pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de cognição sumária, será analisado adiante.

Posto isso, mostra-se oportuno investigar em qual medida a forma federalista brasileira e o lacônico e displicente tratamento dado ao saneamento básico pelo constituinte de 1988 – e, por conseguinte, do legislador ordinário –, reverberam desfavoravelmente na efetiva e adequada realização material desse direito fundamental.

Assim sendo, no Capítulo 1 desta pesquisa, assentamos a caracterização do acesso à água tratada e o saneamento básico como direitos humanos dotados de autonomia e proeminência, com embasamento nas normas convencionais e decisões proferidas nas Cortes Internacionais, e, ainda, a repercussão dessa construção na ordem constitucional brasileira. Na sequência, trataremos no Capítulo 2 da modelagem federativa e, nessa perspectiva, da conformação constitucional dos serviços públicos sanitários, analisando a emblemática controvérsia política, legislativa e jurisprudencial em torno da titularidade dessas prestações, além do atual arranjo infraconstitucional da prestação regionalizada.

Por fim, no Capítulo 3, serão examinados, a partir de linhas gerais sobre a atividade regulatória e as agências reguladoras, imbróglis federativos decorrentes da nova moldura normativa da regulação do saneamento básico, particularmente a reconfiguração da Agência Nacional de Águas (ANA), atualmente denominada de Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, promovida pela Lei nº 14.026/2020, que, agora, assume a regulação do setor de saneamento, sendo-lhe conferida a atribuição para edição de normas de referência, a qual vem sendo desafiada por suspeitas de inconciliação com a Constituição da República.

Ao final, espera-se que este estudo ajude a elucidar, dentro do desenho constitucional federal brasileiro, as matrizes de problemas concretos na prestação do saneamento básico no Brasil, de modo a contribuir, ainda que de forma singela, com o desenvolvimento humano no país.

# 1. A ÁGUA E O SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

## 1.1. A caracterização e concretização do acesso à água tratada e ao tratamento sanitário como direitos humanos

A compreensão da água e do saneamento básico como direitos humanos e fundamentais é, como apontado na introdução, a premissa fundante deste trabalho.

Segundo Valério Mazzuoli (MAZZUOLI, 2014, p. 897), os direitos humanos são aqueles positivados em tratados de Direito Internacional Público ou consagrados em costumes internacionais<sup>9</sup>; são, ainda, consoante as lições de Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2014, p. 70/71), “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”. À vista dessas definições, é inevitável concluir que, ao fim e ao cabo, os direitos humanos emergem do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual “somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que uma vida saudável” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 183).

É dizer, nessa quadra de ideias, não é difícil enxergar o acesso à água potável e aos serviços sanitários básicos como direitos humanos: sendo um recurso natural essencial, do qual decorre e depende a própria existência humana, a água é indispensável à digna manutenção da vida, além de estar intrinsecamente relacionada ao direito difuso ao meio ambiente equilibrado. Não é, portanto, um direito meramente fisiológico, garantidor da sobrevivência dos indivíduos, mas inserido em “dimensão sociocultural, que também constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 183).

Na mesma toada, Andréia Costa Vieira (2016, p. 07-08) aponta que, como reação à crescente crise mundial de abastecimento, aos processos inadequados de privatização, à comercialização marginalizadora, bem como à ineficiência das políticas públicas, três movimentos doutrinários iniciaram, de forma convergente, a construção da ideia do direito à água enquanto direito humano:

Há três movimentos iniciais que deram impulso à defesa do direito à água: o movimento ambientalista, o movimento dos direitos sociais e o movimento do direito

---

<sup>9</sup> O costume internacional pode ser definido como a prática geral aceita na qualidade de direito, e, da leitura do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, nele se verificam um elemento objetivo ou material, correspondente ao uso, e um elemento subjetivo ou psicológico, o qual diz com a convicção de sua obrigatoriedade.



ao desenvolvimento. Para os ambientalistas, as fontes de água doce devem ser preservadas para as presentes e futuras gerações. Para o movimento dos direitos sociais, a água deve ser acessível também às minorias marginalizadas. Para o movimento do direito ao desenvolvimento, o acesso à água em qualidade e quantidade suficientes deve representar um padrão de vida adequado. [...] Assim, a proteção da necessidade humana básica de se ter acesso à água tem tido de ser defendida pelo “império do direito” e, de maneira mais específica, como um direito humano fundamental.

De uma perspectiva holística desses movimentos, e em contraponto aos mesmos problemas, tem-se o acesso à água potável como parte do mínimo existencial à vida digna humana<sup>10</sup>, não podendo ser estudado apenas como objeto de tratados comerciais ou políticos, mas como direito “[...] que deve ser levado em consideração no momento do planejamento dos tratados internacionais, da defesa dos direitos fundamentais no plano interno, bem como das negociações de gerenciamento dos recursos hídricos” (VIEIRA, 2016. p. 15). É dizer, deve ser deixada de lado a ideia da água enquanto propriedade econômica, mas como bem cultural e social.

No plano dos direitos humanos positivados, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 não contemplou a tutela da água, em que pese se possa extrair tal compreensão dos arts. 3º e 25, relativos ao direito à vida, saúde, bem-estar e cuidados, mesma exegese alcançada nos arts. 11 e 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, firmado em 1966, em Nova York.

Relativamente a esse último documento, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas<sup>11</sup> realizou interpretação autêntica e oficial dos arts. 11 e 12, consubstanciada na Observação Geral nº 15, de 2002, na qual ficou assentado o entendimento de que deles se depreende o direito humano à água, garantidor do acesso de todos a água suficiente, segura, aceitável, fisicamente disponível e a preço razoável, para uso pessoal e doméstico, de modo a evitar a morte por desidratação, a redução de risco de doenças e suprir a necessidade de consumo, além de ser fonte de liberdades humanas, em oposição a interrupções arbitrárias no seu fornecimento, e a contaminação<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> A ideia do mínimo existencial tem origem alemã, atribuída ao jurista Otto Bachof, e referenciada pela doutrina brasileira, inauguralmente, por Ricardo Lobo Torres, em artigo publicado em 1989 (MARTINS, 2020, p. 222); o autor, décadas depois, em obra integralmente dedicada ao tema, a conceitua como “[...] um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (2009, p. 08).

<sup>11</sup> Criado em 1985, pelo Conselho Econômico e Social da ONU, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, atua, precipuamente, na fiscalização da aplicação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos pelos signatários.

<sup>12</sup> O Comentário Geral nº 15, assim como outros documentos elaborados no âmbito do sistema global de proteção aos Direitos Humanos, foi traduzido em primoroso trabalho conjunto do Ministério Público Federal e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, coordenado pelo Professor André Ramos de Carvalho. Disponível

Nos anos seguintes, algumas conferências internacionais cuidaram, em distintas extensões, do acesso à água na perspectiva dos direitos humanos, como a Convenção de Estocolmo (1972) – na qual surgiu a ideia de desenvolvimento sustentável –, a Conferência das Nações Unidas sobre a Água, em Mar del Plata (1977) – oportunidade em que o acesso à água potável foi reconhecido, quantitativa e qualitativamente, como direito de todos, na Declaração de Mar del Plata, em disposição preambular posteriormente ratificada na Assembleia Geral da ONU, de 2010 –, a Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiental de Dublin (1992), a “Rio 92” (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992), a Conferência Internacional sobre Água Doce (2001).

Especificamente quanto à positivação do saneamento básico como direito humano, merece destaque a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979, e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 4.377/2002. No artigo 14, item 2, alínea *h*, desse tratado, determina-se que os Estados-partes adotem medidas para assegurar às mulheres residentes em zonas rurais o gozo de condições sanitárias adequadas e abastecimento de água potável<sup>13</sup> – a norma ganha notável deferência por ser, até hoje, “a única disposição de um tratado internacional de direitos humanos que se refere especificamente às mulheres rurais” (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 635). Posteriormente, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990, voltou a consagrar a tutela internacional da água e do saneamento básico, dessa vez como instrumento de combate a doenças e mortalidade infantil.

Nessa conjuntura de normas protetivas voltadas para grupos vulneráveis específicos, como são as mulheres e crianças, cumpre observar a presença do fenômeno da *interseccionalidade de situações de vulnerabilidade*, em matéria de direitos humanos. Com efeito, a discriminação interseccional é a ideia cunhada pela Professora norte-americana Kimberlé Williams Crenshaw, da *Columbia Law School*, na obra “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics” (em tradução livre, “Desmarginalizando a intersecção de raça e sexo: uma crítica feminista negra da doutrina antidiscriminação, teoria feminista e política antirracista”), de 1989, segundo a qual é necessário considerar que um mesmo indivíduo, em

---

em: <<http://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf>>. Acesso em abril de 2021.

<sup>13</sup> Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em abril de 2021.

sua identidade social, poderá congrega diversos fatores de opressão. No Brasil, o tema é assim trabalhado por André de Carvalho Ramos (2019, p. 299-300, grifo nosso):

CRENSHAW é considerada a pioneira na apresentação do conceito com foco na discriminação de gênero e raça, tendo sustentado que não se pode desconsiderar a raça da análise da opressão e injustiça sobre a mulher. Não se trata de somar violações por discriminação de raça e de gênero, mas sim de se considerar a identidade do indivíduo como sendo uma, cujas especificidades são reconhecidas pela sociedade como um todo, reforçando-se e entrelaçando-se, e não como características independentes. Com isso, não se pode tratar a temática da incidência dos direitos humanos considerando que se trata de “mulher e negra”, mas sim de “mulher negra”. [...] *A discriminação interseccional tem como pressuposto a existência de múltiplos fatores referentes à identidade social do indivíduo que, interagindo em sinergia, criam uma carga de discriminação única e distinta da mera soma de discriminações. A singularidade da interseccionalidade na área dos direitos humanos é fruto de três elementos: (i) não se possível separar os fatores que geram discriminação, pois há interação entre eles; (ii) o indivíduo que sofre tal discriminação passa por experiência única, qualitativamente diferente daquela que sofre uma discriminação isolada; e (iii) a reparação deve levar em conta tal sinergia entre os fatores de discriminação, devendo ser especificamente voltada à superação desses obstáculos sociais à igualdade e à justiça material.*

O conceito, já reconhecido e aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ocasião do julgamento do caso *Gonzales Lluy versus Equador*<sup>14</sup>, se conjugado com espírito das supracitadas normas da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e da Convenção sobre os Direitos da Criança, atinentes ao direito humano de acesso ao saneamento básico, e empregado, de maneira ampla, generosamente no presente estudo, autoriza concluir que as mulheres, crianças, pessoas com deficiência, quilombolas, os povos indígenas, dentre outros grupos vulneráveis, que não possuam acesso a adequados serviços de água e esgotamento, estão faticamente sujeitos a uma marginalização qualitativamente ainda maior, circunstância irrelegável, a qual reclama ações estatais protetivas mais incisivas.

Em setembro de 2010, a consagração do acesso à água potável e ao saneamento básico, enquanto direitos humanos, foi, finalmente, consolidada de maneira formal, por ocasião da aprovação da Resolução nº 64/292<sup>15</sup> pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, na qual se declarou sua estreita relação com o direito essencial à vida. Seguiu-se a ela, além da ratificação na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (2012) –

<sup>14</sup> Nesse precedente, a CIDH condenou o Estado do Equador por violação dos direitos à vida, integridade pessoal e educação de uma menina de 05 anos de idade, que foi privada do acesso à escola pública em razão de ser portadora do vírus HIV. A sentença foi proferida em 1º de setembro de 2015, e está disponível integralmente em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin4por.pdf>; acesso em agosto de 2021.

<sup>15</sup> Disponível em: [http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human\\_right\\_to\\_water\\_and\\_sanitation\\_media\\_brief\\_por.pdf](http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf). Acesso em abril de 2021.

conhecida como “Rio+20” –, a edição das Resoluções nº 15/9, de julho de 2010, a nº 16/2, de abril de 2011, a nº 24/18, de outubro de 2013, e a nº 27/7, de outubro de 2014.

Em complementaridade ao sistema global, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, nem a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 tampouco o Protocolo de San Salvador, de 1988 contemplam, especificamente, o direito à água; todavia, desses documentos, a doutrina extrai sua tutela indireta, a partir da exegese da imposição de cooperação internacional para a realização dos direitos humanos, bem como os direitos à saúde, meio ambiente sadio, serviços públicos básicos, e alimentação (VIEIRA, 2016, p. 21).

No plano da atuação contenciosa da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, até 2020, não havia recomendações ou decisões tratando nomeadamente do direito humano de acesso à água potável; quando muito, o Tribunal trabalhava o tema de maneira indireta, transversal, no contexto da tutela do direito ambiental, e, ainda, sob o prisma do art. 21 do Pacto de San José da Costa Rica, o qual estampa o direito à propriedade privada. A abordagem do bem ora estudado, enquanto direito humano, era, assim, implícita e utilitarista, consoante de depreende da análise do caso *Yanomami versus Brasil*, de 1985, bem como do caso *Comunidade Mayagna Awas Tingni versus Nicarágua*, de 2001:

O primeiro foi o Caso Yanomami, de 1985, onde se discutia uma estrada que passava pelo território Yanomami, além da extração de ouro na região. Em ambas as situações, a poluição da área, a contaminação da água e outros fatores provocaram graves doenças aos membros da comunidade indígena. A Comissão, em recomendação publicada, chamou atenção do Governo brasileiro para a necessidade de proteção dos direitos humanos do povo Yanomami. *Dentre esses direitos, houve destaque para a proteção do direito à saúde e do direito a um meio ambiente sadio.* [...] No Caso Awas Tingni, de 2001, a Corte Interamericana reconheceu a relação entre direitos humanos e meio ambiente e entendeu que o Estado da Nicarágua violou os direitos de uma comunidade indígena sobre sua terra e seus recursos naturais; dentre eles, a nascente de água que nela se encontrava. O Governo havia cedido a terra, em contrato de concessão, a uma empresa coreana para exploração de madeira, sem consentimento da população indígena. Tratava-se de nítida violação ao art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (VIEIRA, 2016, p. 23-24, grifo nosso).

Com a crise sanitária decorrente da pandemia causada pelo Covid-19, à vista de denúncia formalizada perante o órgão no longínquo ano de 1991, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sentenciou o caso *Lhaka Honhat versus Argentina*, e, enfim, conferiu ao acesso à água potável a qualidade de direito humano autônomo, assentando seu caráter instrumental de combate às profundas desigualdades arreigadas na América Latina. Nessa controvérsia, o objeto do litígio eram terras situadas em território argentino, tradicionalmente ocupadas por população indígena, ao menos, desde o século XVII, as quais foram invadidas para exploração econômica de pecuária e extração madeireira, sendo, até mesmo, construída uma ponte internacional no local.

O histórico precedente, cuja decisão inaugural foi proferida no dia 06 de fevereiro de 2020, consubstanciado em sentença de 24 de novembro de 2020<sup>16</sup>, apresenta, outrossim, uma relevantíssima mudança de paradigma, porquanto, nele, o direito dos povos indígenas à água e ao meio ambiente hígido teve arrimo, inauguralmente, no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, isto é, na tutela convencional dos direitos humanos sociais.

Sobre esse ineditismo:

*This case represents a landmark decision by the Court as it identifies water as an autonomous right and reveals the importance of a holistic human rights approach for combatting structural inequalities. This ruling has the potential to transcend the individual case and to enhance the transformative mandate of the IACtHR. In this case, the Court determined that Argentina violated the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association's right to communal property in addition to the rights to cultural identity, a healthy environment, adequate food and access to water due to the ineffectiveness of state measures aimed at ending activities that infringed upon these rights. The decision follows precedents that have addressed the direct justiciability of social rights. [...] In the current context, the Court's judgement on the right of indigenous peoples to access water is gaining even more significance in terms of social rights: UN experts say that COVID-19 will not be stopped without providing safe water to vulnerable populations, as "the global struggle against the pandemic has little chance to succeed if personal hygiene, the main measure to prevent contagion, is unavailable to 2.2 billion persons who have no access to safe water services" (ANTONIAZZI; NAVARRO, 2020, p. 01-02)<sup>17</sup>.*

O julgado há de ser festejado não somente pelas apontadas evoluções na interpretação do direito humano ora estudado, mas, também, pelo contexto sócio-político atual, no qual o morticínio resultante da pandemia do novo coronavírus agravou consideravelmente as agressões ao meio ambiente e o vilipêndio aos direitos das populações tradicionais, já crescentes no Brasil e nos demais países latinos nos últimos anos – atualmente, bandeiras escancaradamente levantadas pelos próprios agentes estatais:

*The crisis has worsened the already poor hygienic situation marked by a hazardous environment of discrimination and exclusion. Indigenous peoples have experienced centuries of marginalization and dispossession as a legacy of colonization. Recently, both extensive environmental damage and escalating violence due to increased pressure on natural resources have severely endangered their traditional territory.*

<sup>16</sup> Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_420\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_420_esp.pdf). Acesso em julho de 2021.

<sup>17</sup> Este caso representa uma decisão histórica da Corte, pois identifica a água como direito autônomo e revela a importância de uma abordagem holística de direitos humanos para combater as desigualdades estruturais. Esta decisão tem o potencial de transcender o individual caso e aprimorar o mandato transformador do IACtHR. Neste caso, a Corte decidiu que a Argentina violou o direito à propriedade comunal da Comunidade Indígena da Associação *Lhaka Honhat* (“Nossa Terra”), além dos direitos à identidade cultural, um meio ambiente saudável, alimentação adequada e acesso à água devido à ineficiência de medidas estatais destinadas a pôr fim a atividades que violem esses direitos. A decisão segue precedentes que tratam da justiciabilidade direta dos direitos sociais. [...] No atual contexto, a decisão do Tribunal sobre os direitos dos povos indígenas ao acesso à água está ganhando ainda mais importância em termos de direitos sociais: especialistas da ONU dizem que a COVID-19 não será interrompida sem o fornecimento de água potável para as populações vulneráveis, então “a luta global contra a pandemia tem poucas chances de sucesso se a higiene pessoal, a principal medida para prevenir o contágio, não estiver disponível para 2,2 bilhões de pessoas que não têm acesso a serviços de água potável (tradução nossa).

*Attacks on rights defenders have risen at a worrying rate over the past several years. Today, Latin America is considered the most dangerous region for defenders of land and natural resources. Reports show that the pandemic has made such threats more acute, as land grabbers and illegal miners see the international crisis as an opportunity to advance their illegal operations. In Brazil, the deforestation rate in the Amazon rainforest increased by 51%, raising worrisome concerns about the predictions of bushfires for this year. In Nicaragua at least ten indigenous leaders have been killed since January (ANTONIAZZI; NAVARRO, 2020, p. 06)<sup>18</sup>.*

Da conjunção de todos esses documentos internacionais, das decisões sublinhadas, bem como da doutrina sobredita, verificamos que o acesso à água potável e medidas sanitárias adequadas devem, necessariamente, ser interpretadas como direitos humanos de cunho social, dotados de autonomia e primazia. No plano internacional, como visto, avança a ideia de que os serviços de saneamento básico são instrumentos primordiais para a viabilidade da própria vida humana, mediante a garantia da qualidade da água, tornando-a potável e livre de substâncias nocivas e poluentes, da saúde pública e do meio ambiente saudável, o que releva uma verdadeira relação de interdependência entre vários direitos humanos consagrados.

Diante disso, olhando para o ordenamento interno, e considerando a densidade e solidez das normas que consagram o direito humano à água e ao saneamento básico, o Poder Judiciário deverá proceder o controle de convencionalidade dos atos estatais correlatos ao tema.

Tal técnica judicante, extraída da exegese do Pacto de San José da Costa Rica e da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ambos de 1969, consiste no exame, pelo magistrado, da compatibilidade entre as normas internacionais, inclusive jurisprudência, e os atos estatais internos, os quais, em razão disso, poderão ser, concretamente, derogados ou reinterpretados; no mesmo sentido:

*O controle de convencionalidade consiste no processo de verificação da compatibilidade de uma norma ou prática interna em face de normas internacionais de proteção dos direitos humanos, sendo a expressão “normas” empregada aqui num sentido amplo, abrangendo não apenas os tratados, mas também a jurisprudência internacional e em alguns casos até mesmo outras fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o costume internacional e as normas *soft law*. [...] O fundamento normativo do controle de convencionalidade se encontra principalmente nos artigos 1.1, 2º e 29 da CADH, assim como nos artigos 26 e 27 da CVDT. Dos artigos 1.1, 2º e 29 da CADH decorre a obrigação dos Estados de desenvolverem práticas dirigidas à observância efetiva dos direitos consagrados na Convenção, de modo que é necessário que a interpretação das leis domésticas seja ajustada a cumprir com a obrigação de respeito e garantia. Do art. 29 da CADH decorre a obrigação das*

---

<sup>18</sup> Hoje, a América Latina é considerada a região mais perigosa para os defensores da terra e dos recursos naturais. Relatórios mostram que a pandemia tornou essas ameaças mais agudas, à medida em que grileiros e garimpeiros ilegais veem a crise internacional como uma oportunidade para avançar em suas operações ilícitas. No Brasil, a taxa de desmatamento na floresta amazônica aumentou 51%, levantando preocupações sobre as previsões de incêndios florestais para este ano. Na Nicarágua, pelo menos dez líderes indígenas foram mortos desde janeiro (tradução nossa).

autoridades de permitirem o mais amplo possível gozo e exercício dos direitos estabelecidos na Convenção ou em outros instrumentos nacionais e internacionais. Finalmente, os princípios da boa-fé, efeito útil e *pacta sunt servanda*, assim como a proibição de invocar o direito interno como justificativa para o descumprimento dos tratados, em conformidade com os artigos 26 e 27 da CVDT, complementam o dever das autoridades estatais de garantirem o cumprimento das obrigações do Estado conforme a Convenção Americana. Estes elementos, juntos, fundamentam a existência do controle de convencionalidade (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 181-182; grifos nossos).

Aliás, nessa ambiência, denominada “duplo controle”, convém sublinhar o método hermenêutico do *diálogo das Cortes*, pelo qual, na interpretação das normas convencionais sobre direitos humanos, o magistrado observará, igualmente, a jurisprudência dos Tribunais internacionais a respeito do tema. O assunto foi objeto de artigo doutrinário do qual transcrevo os seguintes excertos:

*O Diálogo das Cortes evita interpretações nacionais equivocadas sobre os tratados internacionais de direitos humanos. Previne-se, assim, que a invocação ao tratado ou convenção sobre direitos humanos seja realizada de forma meramente retórica, desconectada da interpretação que lhe dão os órgãos internacionais responsáveis para tanto. [...] Caso uma norma passe pelo controle de constitucionalidade (como foi o caso da recepção ou não da Lei de Anistia, julgada no âmbito da ADPF 153 em abril de 2010, ou o caso da Extradução 1.362, sobre a possibilidade de envio de cidadão ao seu país de origem para responder à acusação de crimes contra a humanidade durante a ditadura militar, julgada em novembro de 2016), mas tombe diante do controle de convencionalidade (como no caso Gomes Lund em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em novembro de 2010 pela impossibilidade das leis de anistia e autoanistia excluírem o dever de investigar e punir crimes que tenham ferido os direitos humanos), ela deixa de ser válida ou compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Esse duplo controle exige, dessa forma, que toda norma ou ato internos sejam compatíveis com a Constituição da República e também com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos (FACHIN; GODOY; MACHADO FILHO; KRASSUSKI, 2018, p. 295-296, grifo nosso).*

Assim, observa-se a existência de importantes repercussões no direito brasileiro advindas da materialidade dos direitos humanos de acesso à água potável e serviços sanitárias básicas, as quais não devem ser ignoradas pelo Estado nem pelo exegeta.

## **1.2. O saneamento básico como direito fundamental**

Tradicionalmente, partindo do tratamento dispensado pela Constituição da República de 1988, a doutrina toma o plano normativo de proteção como parâmetro distintivo entre os direitos humanos e os direitos fundamentais; nesse sentido, Mazzuoli (2014, p. 897) afirma:

É importante observar que a Constituição brasileira de 1988 se utilizou das expressões direitos fundamentais e direitos humanos com absoluta precisão técnica. De fato, quando o texto constitucional brasileiro quer fazer referência, mais particularmente,

aos direitos previstos na Constituição, utiliza-se da expressão "direitos fundamentais", como faz no art. 5º, § 1º, segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Por sua vez, quando o mesmo texto constitucional refere-se às normas internacionais de proteção da pessoa humana, faz referência à expressão "direitos humanos", tal como no § 3º do mesmo art. 5º, segundo o qual "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Quando, contudo, a Constituição pretendeu se referir, indistintamente, aos direitos previstos pela ordem jurídica interna e pela ordem jurídica internacional, não faz referência expressa a qualquer das duas expressões.

A esse respeito, Melina Fachin (2006) aponta ser cada vez mais recorrente a proximidade entre tais domínios, o que ecoa, inevitavelmente, num reforço à tutela da proteção da dignidade da pessoa humana:

Em geral, a doutrina distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais tendo em consideração o alcance geográfico destes. Ou seja, a expressão direitos humanos é geralmente inserida no plano internacional, e direitos fundamentais é terminologia predileta no plano constitucional interno. Por sua vez, o emprego da locução direitos do homem suscita, quiçá, menos indagações, uma vez que é refutada tomando em consideração sua base jusnaturalista. Para Bobbio “direitos do homem é uma expressão muito vaga”. [...] Entretanto, em que pese as especificidades experienciadas em tais formulações, estas dimensões são inequivocamente próximas e seus sentidos podem se somar, formando um corpo harmônico em busca de um desígnio comum que é a proteção da pessoa humana. [...] *Destarte, há uma proximidade cada vez maior destas duas espécies tendo como fito a proteção efetiva da pessoa humana. Justamente por esta razão, reconhecendo e afirmando as particularidades existentes, faz-se necessário o acostamento das categorias comumente cognominadas direitos humanos e direitos fundamentais.* Todos os nomes reunidos não são maiores que os sujeitos por eles designados. O esgrimir conceitos, ainda que seja teoricamente relevante, não pode nem deve obstar a realização dos fins a que os mecanismos protetivos se dispõem. A implementação desses direitos já encontra em sua prática habitual diversos óbices a serem superados de modo que a bipartição conceitual parece-nos apenas mais um barreira na via de implementação prática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (FACHIN, 2006, p.55-58, grifo nosso).

Com arrimo nessas lições, conquanto não tenha sido lembrado pelo legislador constituinte de 1988 no inventário de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, o qual serve de bússola axiológica da atuação e abstenção dos Poderes instituídos, o saneamento básico deve ser compreendido como sendo um deles. Isso porque, além da mencionada superação do apartamento em relação aos direitos humanos, a melhor exegese do art. 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988, revela a adoção, pelo Estado Brasileiro, da acepção material dos direitos fundamentais:

Que o conceito de direitos fundamentais da CF não se limita a um conceito formal, abraçando uma dimensão material, também já foi devidamente sinalizado nas colunas anteriores. *Uma das faces de tal dimensão material é precisamente representada pela assim chamada abertura material do catálogo de direitos fundamentais, consagrada expressamente pelo artigo 5º, § 2º, da CF, dispondo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos*



*princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Corretamente batizado de uma cláusula inclusiva, que repudia a ideia de uma exaustividade (ou taxatividade) do catálogo constitucional de direitos, o referido dispositivo constitucional segue desafiando doutrina e jurisprudência, especialmente quanto a sua real abrangência e significado [...].*

No caso de direitos eventualmente consagrados (expressamente) em outras partes do texto constitucional os problemas são em parte distintos, pois, à falta de decisão prévia e expressa do constituinte sobre a condição de direito fundamental, é preciso identificar se determinada norma atributiva de um direito ou enunciativa de garantia é, ou não, também uma norma de direito fundamental. A afirmação da fundamentalidade de um direito, portanto, carece aqui de uma especial justificação, que, por sua vez, deverá guardar sintonia com os critérios materiais fornecidos pela própria ordem constitucional, razão pela qual nesse contexto não se pode dispensar um conceito material de direitos fundamentais. Por tal razão, afirmar se a garantia da inimizabilidade penal até os 18 anos completos (o mesmo se poderia dizer em relação à proteção do meio ambiente, da motivação das decisões judiciais, da igualdade dos filhos e dos cônjuges, dentre tantos outros exemplos) é, ou não, um direito-garantia fundamental, demanda um exercício de justificação constitucionalmente adequada, sobre o que ainda teremos ocasião de nos pronunciar. *Mas ainda temos um terceiro bloco de direitos a ser devidamente inserido na análise, qual seja, o dos direitos consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos. Também aqui existem peculiaridades a serem consideradas, especialmente no tocante ao procedimento de internalização de tais tratados e quanto ao valor jurídico dos direitos neles previstos na ordem jurídica interna, o que se torna particularmente relevante nos casos de eventual conflito entre a constituição ou mesmo a normativa infraconstitucional e o disposto no tratado ratificado pelo Brasil. Já os direitos implícitos ou implicitamente positivados abrangem todas as posições jurídicas fundamentais não direta e explicitamente consagradas pelo texto constitucional, mas que podem ser deduzidos de um ou mais direitos (e mesmo princípios) expressamente consagrados, em geral mediante a reconstrução (ampliação) hermenêutica do âmbito de proteção de um determinado direito, como é o caso, entre outros, do sigilo fiscal e bancário, que tem sido deduzido do direito à privacidade (SARLET, 2015, grifo nosso).*

Outrossim, o direito fundamental ao saneamento básico é perfeitamente extraído de uma compreensão holística de outros direitos fundamentais expressos – nos moldes já destacados no que atine ao plano internacional –, precipuamente o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além, por óbvio, da própria dignidade da pessoa humana; na mesma direção:

*Os serviços de saneamento básico são imprescindíveis para consagrar o meio ambiente ecologicamente equilibrado e, conseqüentemente, para garantir o desenvolvimento e a sadia qualidade de vida do homem. Isso porque no cerne da noção de desenvolvimento reside a dignidade da pessoa humana, não havendo escusa para o Estado eximir-se da obrigação de promover direitos fundamentais e o desenvolvimento individual de cada um, da sociedade como um todo e conseqüentemente do próprio país [...].*

O serviço de abastecimento de água potável é importante para o meio ambiente, pois possui relação direta com a qualidade dos recursos hídricos e a produtividade do solo (LAHOZ, 2016, p. 48-49, grifo nosso).

Portanto, para além de ser um direito humano, constante de diversos documentos internacionais dos quais o Estado Brasileiro é signatário, entendemos existir, efetivamente, um direito fundamental ao abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

Ao que parece, tal conclusão foi finalmente constatada pelo Poder Legislativo: em 31 de março de 2021, o Plenário do Senado Federal aprovou, em segundo turno, a denominada “PEC da água potável” (Projeto de Emenda Constitucional nº 04/2018), mediante a qual se propõe a inserção do inciso LXXIX no art. 5º da Constituição da República, para, conforme consta da ementa parlamentar, incluir “o acesso à água potável entre os direitos e garantias fundamentais”, garantindo “a todos o acesso à água potável em quantidade adequada para possibilitar meios de vida, bem-estar e desenvolvimento socioeconômico”, aguardando-se, agora, a votação na Câmara dos Deputados<sup>19</sup>.

A imponência dessa posição jurídica pode ser compreendida, de pronto, na expressão “fundamental”, impondo-se ao Estado brasileiro, por conseguinte, a implementação de políticas públicas que garantam a universalidade do acesso à água e tratamento de dejetos, na esteira do que sustenta Luís Roberto Barroso (2002, p. 259-260), ao analisar o modelo constitucional de distribuição da competência administrativa concernente ao saneamento básico:

[...] é interessante observar que, *caso a Constituição Federal não fizesse referência expressa ao saneamento no momento da repartição de competências entre os entes, tal serviço seria certamente incluído sob duas epígrafes, ou sob uma das duas: saúde pública – especialmente por força da fase de captação, tratamento e distribuição de água para consumo – e controle da poluição e preservação do meio ambiente – focando-se a etapa final do esgotamento sanitário, embora essa atividade também esteja diretamente relacionada com a saúde básica*. Interessantemente, de acordo com a Carta de 1988, os três níveis federativos têm competência político-administrativa nos dois temas – saúde pública e controle da poluição e preservação do meio ambiente (art. 23) –, estando igualmente comprometidos, por imposição constitucional, com o oferecimento desses bens à população. A verdade, entretanto, é que a Constituição pinça o saneamento básico do conjunto maior em que estaria inserido para dar-lhe tratamento particular, de modo que o recurso ao gênero é desnecessário, mas o registro é útil e será retomado adiante (grifo nosso).

Contudo, a realização tangível desse direito fundamental, mediante a consecução de políticas públicas em saneamento básico aptas para tal, não raro, esbarra em alegações relativas a limitações orçamentárias pelos gestores públicos e na tomada de escolhas trágicas. Com efeito, a satisfatória prestação dos serviços públicos sanitários, por sua própria natureza, vindica um gasto financeiro considerável para implementação e manutenção; o esgotamento domiciliar e industrial, por exemplo, depende de uma complexa infraestrutura voltada para a realização das etapas de captação e direcionamento das águas e resíduos descartados, além do procedimento

---

<sup>19</sup> Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132208>>. Acesso em abril de 2021.

de purificação, com a decantação e oxidação desse material, e, por fim, seu reaproveitamento (LAHOZ, 2016, p. 35-36). Como informado recentemente pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional, em sítio eletrônico oficial<sup>20</sup>, a universalização dos serviços sanitários até 2033, meta cardinal da Lei nº 14.026/2020, demandará, até lá, investimentos anuais na ordem de R\$ 70 bilhões (setenta bilhões de reais), algo que somente será alcançado, segundo ele, com o aporte de recursos privados.

Percebe-se que, diante da atual crise sanitária mundial, a qual encontrou no Brasil um cenário já bastante combalido de saúde pública e um governo central nada preocupado com as recomendações basilares da Organização Mundial de Saúde, o Estado aponta a participação da iniciativa privada como a solução mágica e infalível de todos os profundos e consolidados problemas do saneamento básico brasileiro, apostando num lapso temporal de pouco mais de uma década para a universalização desse serviço, quando, na verdade – lembrando a narração quanto à evolução das políticas públicas em saneamento básico –, não é difícil inferir que essa situação é resultado de um longo histórico de negligência estatal no setor.

Aqui, não se foge à constatação de que, quase na totalidade das vezes, a concretização de direitos fundamentais implicará na tomada de decisões em quadro de exiguidade financeira, não sendo poucos os momentos nos quais o Poder Público busca na reserva do possível, construção alemã, decorrente do brocardo romano *impossibilium nulla obligatio est*, a rota de fuga para não cumprir o seu papel constitucional. A realidade social germânica, com toda certeza, é bem distinta da nossa, de modo que, pensamos, a aplicação do princípio da reserva do possível ao contexto brasileiro deve ser bastante aplacada, somente admitida, muito excepcionalmente, na hipótese de real escassez material, que não seja, comprovadamente, fruto de desastrosas escolhas administrativas.

Mesmo para doutrinadores clássicos do Direito Financeiro, seara na qual, a princípio, devota-se uma atenção muito maior à fiel observância dos contornos orçamentários, mormente quanto às despesas públicas, encontramos a percepção de que, em um Estado Democrático de Direito, o orçamento público está, inegavelmente, atrelado à plena realização de direitos fundamentais – como entendemos ser, constitucionalmente positivado ou não, o direito ao saneamento básico. Assim, é a acurada lição de Ricardo Lobo Torres (2001, p. 282-283), para quem o orçamento público consiste na documentada “quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o

---

<sup>20</sup> Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2021/07/marco-legal-do-saneamento-completa-um-ano>>. Acesso em agosto de 2021.

balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados”.

À vista disso, em nossa compreensão, todos direitos fundamentais, como é, repise-se, o direito de acesso a adequados serviços de água e esgotamento sanitário, devem ser interpretados como *normas constitucionais pré-orçamentárias*, sobre as quais os administradores públicos não detêm discricionariedade acerca do cumprimento em si, e cujo contentamento factual está para além de juízos políticos ou da vontade de governantes, exigindo critérios racionais para a execução dos gastos públicos a eles relacionados. Conseqüentemente, nesse ponto, abre-se espaço para a judicialização de políticas públicas, como defendem Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki (2012, p. 73):

[...] o que se tem observado é que, a despeito da ausência de recursos orçamentários suficientes, o Estado estaria desobrigado de realizar e planejar políticas públicas para garantia dos direitos fundamentais sociais. E também que tal questão não poderia ser submetida ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, pois tratar-se-ia de questão política, reservada aos poderes eleitos pelo povo, e ainda, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

*Explica-se: o princípio da “reserva do possível” vem funcionando como um óbice à legitimação do Judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais, negando, alguns autores, “de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimados pelo voto’) a dispor sobre medidas de ‘políticas sociais que exigem gastos orçamentários’” (Krell, 2002, p. 52). Ou seja, quando se trata da realização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, o mesmo tem questionada sua legitimidade democrática uma vez que “a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos” (Souza Neto, 2003, p. 44), o que levaria à conclusão de que a tomada de políticas públicas não poderia ser feita por um poder não eleito, mas tão somente pelo Executivo e Legislativo que, por sua vez, refletiriam a vontade da maioria.*

Não perdendo de vista a disparidade social presente no Brasil, onde a grande maioria dos direitos sociais está longe de ser usufruída pela população, deve-se questionar quem, então, tem legitimidade para “definir o que seja ‘o possível’ na área das prestações sociais básicas, em face da composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos” (Krell, 2002, p. 53), principalmente quando os recursos não foram corretamente destinados.

*Ora, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito.*

Relativamente ao controle de políticas públicas atreladas a direitos fundamentais, pelo Poder Judiciário, vale anotar a decisão proferida no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, cujo objeto foi o veto presidencial no Projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2004, convertida na Lei nº 10.707/2003, do qual decorria a inobservância aos percentuais mínimos de recursos a serem aplicados nas ações de saúde pública. Em que pese a ação tenha sido julgada prejudicada em razão da carência superveniente

de interesse de agir, o Relator, Min. Celso de Mello destacou “a dimensão política da jurisdição constitucional” conferida à Corte Constitucional, a qual autoriza sua intervenção nos casos de abusos ou inércia estatal injustificada.

Sobre o julgado:

Não se está a falar que é atribuição do STF formular e implementar políticas públicas, certo que se tratam de tarefas primariamente atribuídas ao Legislativo e Executivo. No entanto, salienta o ministro, tais incumbências podem ser atribuídas ao Judiciário “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (STF, ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.04.2004).

Ressalta Mello que não se admite que o Poder Público crie “obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência” (STF, ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.04.2004), concluindo, por fim, que o objetivo último do Estado é servir aos cidadãos e não servir a si próprio.

Desse modo, ainda que se reconheça que a formulação e execução de políticas públicas dependam de opções políticas daqueles que foram eleitos pelo povo, não há uma liberdade absoluta para tomada de tais decisões, quer pelo legislador, quer pelo Poder Executivo. Ou seja, nos casos em que sua inércia acabar por tornar letra morta o texto constitucional no que diz respeito à garantia de direitos sociais, haverá uma afronta ao texto constitucional e, portanto, justificável a atuação do Poder Judiciário. Assim, a liberdade de conformação do legislador deve se dar dentro da moldura constitucional, de modo a realizar a Constituição. Não há liberdade na sua inércia, mas apenas no modo em que se realizará os direitos constitucionais (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 76-77).

Tal conclusão afina-se, outrossim, com a concepção moderna de orçamento, a qual não é mais centrada na visão desse instrumento financeiro apenas como peça meramente contábil – seu conceito clássico –, mas, em verdade, enquanto veraz meio para a realização dos interesses coletivos, ostentando, também, viés político, econômico e jurídico. Ao lado disso, observamos a ascendência de orientação doutrinária no sentido de que o orçamento público não possui caráter autorizativo puro<sup>21</sup>, mas, em determinada medida, impositivo, no qual a Administração Pública se vê obrigada a tornar mais produtiva a execução financeira estatal, implementando as políticas públicas constitucionalmente atreladas à realização de direitos, especialmente os sociais, consoante defende Harrison Leite (2011, p. 81-82), *in verbis*:

As normas constitucionais a suportarem aludido entendimento são as que utilizam o verbo autorizar no tocante aos gastos, mas, explique-se, estão postas não no sentido de facultar o Executivo a efetuar despesas, primeira conclusão a que se chega, e sim no de permitir a realização das despesas conforme o disposto em lei, posto que

<sup>21</sup> Tradicionalmente, encampou-se no Brasil a visão do orçamento como peça financeira autorizativa, por não estabelecer gastos públicos, mas, tão somente, autorizá-los, sem natureza impositiva; no entanto, vem ganhando força, calcada na busca por segurança jurídica, a inteligência segundo a qual a Constituição da República não se alinha ao orçamento autorizativo.

despesas não podem ser efetuadas sem previsão legal. É a aplicação da legalidade nas despesas públicas e não a facultatividade na sua realização.

*Destaque-se que a Constituição usa o substantivo autorização com diferentes sentidos, mas em nenhum deles com o de facultatividade. Assim, quando no § 8º do art. 165 consta que o orçamento poderá conter autorização para abertura de crédito suplementar, não significa que o Executivo pode ou não suplementar despesas previstas de modo insuficiente. É que, pelo princípio republicano, o Executivo deve prestar contas não apenas do que faz, mas do que deixa de fazer. Assim, se determinada obra ou serviço precisa de mais recursos para sua conclusão, o Executivo deverá utilizar o seu poder de suplementação autorizado para a conclusão do que foi planejado. Não há facultatividade nisso (grifo nosso).*

Dois fatores corroboram essa leitura: a admissão pelo Supremo Tribunal Federal do controle de constitucionalidade abstrato de leis orçamentárias<sup>22</sup>, e algumas das últimas reformas constitucionais, a exemplo da EC nº 86/2015, otimizada procedimentalmente pela EC nº 105/2019, a qual conferiu impositividade aos recursos relacionados às emendas parlamentares individuais, sendo metade deles relacionada a ações e serviços de saúde, dentre os quais, o saneamento básico, por força do art. 200, IV, da Constituição da República.

Lado outro, como importante alerta, calha anotar a lição de Maria Paula Bucci (2013, p. 113-114), para quem a adoção de normas orçamentárias impositivas, *de per se*, não importará em bons resultados, se não acompanhada do aprimoramento no planejamento e na estruturação dos gastos públicos; *in verbis*:

*A execução orçamentária é especialmente importante entre nós, dado o caráter autorizativo do orçamento. O orçamento efetivamente executado é bastante distinto do orçamento autorizado, correspondendo a uma parcela deste. Dadas as injunções que se apresentam na fase de execução, no entanto, a alteração desse caráter e a adoção do orçamento impositivo, na linha de diversas propostas em curso no Congresso Nacional, por si só, dificilmente alteraria o estado de coisas.*

*É extremamente trabalhoso gastar legalmente o dinheiro público, do que resulta difícil a execução orçamentária. Os passos previstos na legislação para efetivamente executar a despesa (empenho, liquidação e pagamento) pressupõem a existência de projetos razoavelmente estruturados – no caso de obras, que representam parcela considerável do investimento público, projeto básico e projeto executivo – passíveis de embasar a licitação, contratação e execução da obra. E a qualidade do processo de licitação e contratação, conduzido pelo Poder Público, mas executado pela iniciativa privada, influi sobre a capacidade de sua sustentação diante de questionamentos, seja de eventuais licitantes vencidos, seja dos órgãos de controle ou do Poder Judiciário (grifo nosso).*

Aliás, relativamente às ações estatais em saneamento básico, observa-se que a Lei nº 11.445/2007, ainda em sua redação original, já se preocupava em nortear a atuação do gestor público no planejamento do saneamento básico. A propósito, sublinhe-se o comentário de Paulo

<sup>22</sup> No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.048 e n. 4.049, o Supremo Tribunal Federal, em virada de orientação jurisprudencial, assentou o entendimento de que os diplomas orçamentários são leis em sentido formal, circunstância autorizadora do controle concentrado sobre elas, independente do caráter concreto ou abstrato de seu objeto.

Henrique Capelotto e Percival José Barani Junior (2020, p. 274-275), no qual é oportunamente destacada a necessidade de atualização da referida disciplina:

Por certo que com a publicação do plano a etapa de planejamento dos serviços está consolidada e permite a adoção pelo titular de procedimentos especificados em lei para lhe dar concretude, bem como propicia que a entidade reguladora verifique e fiscalize o cumprimento de suas disposições pelos prestadores.

Neste contexto, deve-se dizer que o plano não é um fim em si mesmo, tratando-se de um instrumento a ser utilizado para veicular, em determinado momento, os critérios e os parâmetros a serem necessariamente observados para o atendimento do interesse público que inspirou e norteou a sua elaboração. E, como é sabido, as necessidades e demandas dos serviços públicos de saneamento básico se alteram constantemente, uma vez que o incremento do desenvolvimento econômico e crescimento populacional trazem impacto direto e proporcionalmente equivalente na prestação dos serviços.

A par disso, no Novo Marco Regulatório, a elaboração de políticas públicas no setor, através dos planos a serem elaborados pelos titulares do serviço, ganhou contornos gerenciais, com o estabelecimento de metas e indicadores de desempenho, além de instrumentos de fiscalização, seja na forma de prestação direta ou indireta, o que indica, em nosso sentir, uma possível preocupação em combater a inércia na materialização dos meios pelos quais o direito fundamental ao saneamento básico será garantido aos indivíduos.

## 2. A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO MODELO FEDERAL BRASILEIRO

### 2.1. O saneamento básico constitucionalmente positivado e o federalismo cooperativo

Mesmo diante de um quadro fático que reclamava a implementação efetiva de medidas de saneamento básico para considerável parcela da população – como ainda é nos dias atuais – o legislador constituinte de 1988 não enxergou em tal direito, pelo menos, não no mesmo nível que o fez em relação a tantos outros, a imprescindibilidade para uma vida digna e igualitária dos brasileiros, não o arrolando, como visto, entre os direitos e garantias fundamentais. Expressamente, o saneamento básico somente foi considerado em três passagens da Carta Constitucional: artigos 21, inciso XX, 23, inciso IX, e 200, inciso IV.

No art. 21, inciso XX, estabeleceu-se a *competência administrativa exclusiva da União para instituir diretrizes para o saneamento básico*, sob a lógica de exclusão dos demais entes, de modo que, formalmente, não há que se falar em autorização constitucional para a delegação dessa atribuição, o que não obsta, contudo, a celebração de convênios e consórcios públicos, nos moldes do art. 241 da Constituição da República, com a pactuação do seu exercício compartilhado. Noutra giro, o art. 23, inciso IX, estampa a competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para promover a melhoria das condições de saneamento básico, estabelecendo, dessarte, o *compartilhamento do exercício desse serviço público, em atuação conjunta*, organizado conforme os ditames de lei complementar, a qual se refere o parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional. Por fim, o art. 200 da Constituição da República, ao estabelecer as competências do Sistema Único de Saúde, confia-lhe no inciso IV a atribuição de participação na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico, sendo, dos três dispositivos constitucionais ora comentados, o mais incisivo quanto à consecução da universalização do abastecimento de água e do esgotamento sanitário no Brasil, coligindo-se dele um comando normativo determinante da produção e do cumprimento de políticas públicas relacionadas aos serviços sanitários.

Infere-se, assim, que, não obstante o constituinte não tenha se descuidado completamente dos moldes administrativos atinentes ao saneamento básico, também não se ocupou em estabelecer, de forma clara, a titularidade da prestação desse serviço público, na esteira do que pontua Adilson Abreu Dallari (2020, p. 202, grifo nosso):

Como se nota, a Constituição, em alguns casos, é específica e clara quanto à competência para dispor sobre determinados assuntos, mas, em outro grande número de assuntos, as referências constitucionais são vagas, amplas e imprecisas, exigindo



um grande esforço de interpretação diante dos casos concretos que se apresentam no cotidiano da Administração Pública. *É o caso do saneamento básico, em que é difícil identificar, com precisão, o que compete a quem.*

Esse cenário enseja efeitos negativos sobre a produção dos programas de ação governamental, que será, consoante asseveram Fernando Luiz Abrucio e Cibele Franzese (2007, p. 01), influenciada de forma determinante pelo desenho institucional adotado, dentro do qual está “a organização territorial do poder, o que, no caso brasileiro, diz respeito à influência do federalismo sobre as decisões dos gestores governamentais”. Isso porque, a forma pela qual foram distribuídas as competências concernentes às políticas sociais, na Constituição da República de 1988, propicia “os efeitos esperados pela literatura sobre federalismo e políticas públicas: superposição de ações; desigualdades territoriais na provisão de serviços; e mínimos denominadores comuns nas políticas nacionais” (ARRETCHE, 2006, p. 100-101).

Consequentemente, a consecução de políticas públicas bem-sucedidas em saneamento básico, assim como muitas outras pelas quais poderiam ser materializadas, de forma idônea, os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, esbarra na própria estrutura institucional arquitetada pelo legislador constituinte, na linha de acurada lição de Melina Fachin e Vera Karam de Chueiri (2017):

*A Constituição de 1988 estrutura o modelo estatal de bem-estar social com vistas à erradicação das desigualdades fundado, sobretudo, no robustecimento da ordem social e na tutela dos direitos econômicos e sociais. Foi o primeiro texto constitucional pátrio a levar os direitos econômicos sociais à sério, conferindo-lhes aplicabilidade imediata. Nesse sentido denota-se o sentido prospectivo do projeto constituinte. Há, em 1988, vontade de constituição que não se esgota naquele tempo-espço, como uma força propulsora, dirigindo a narrativa constitucional da democracia social (re)desenhada. Mas, por que quase 30 anos após estamos tão longe? Ainda: por que estamos nos distanciando ainda mais desse modelo que a narrativa constituinte nos conferiu? Primeiramente é importante destacar que existe razão constitucional bem delineada por detrás: a arquitetura constitucional do poder manteve-se a mesma; a casa de máquinas restou intocada. Assim, o constitucionalismo social de 88 é ambivalente, pois, ao mesmo tempo que aposta nos direitos econômicos e sociais, não altera a estrutura de poder estatal hábil para tanto. Ao adotar um modelo de democracia eminentemente representativo, uma estrutura federativa centralizadora e técnica pouco dialógica de repartição horizontal de competências o texto constitucional manteve mecanismos de poder estatal similar àquela dos desenhos liberais. Assim contém a Constituição de 1988, ao mesmo tempo, o antídoto e o veneno que pretendia combater.*

Com efeito, a Federação brasileira, estruturada em três níveis (União, Estados e Municípios – o Distrito Federal, ente autônomo, acumula as competências dos dois últimos entes) e conglutinada pela indissolubilidade do pacto federativo, assinalado, desde logo, no art. 1º da Carta Constitucional de 1988 era, antes do processo de desagregação, um Estado unitário, fato que, aliado ao objetivo fundamental de redução das desigualdades regionais, sugestiona

uma tendência de centralização de competências prevalecente até os dias hodiernos. Em exame histórico sobre o tema, anota Marta Arretche (1996, p. 07):

Com exceção de um breve período histórico – a República Velha –, o Brasil foi administrado de forma fortemente centralizada, desde o período colonial. A herança de um Estado centralizado no passado colonial e na monarquia foi abalada com a instauração da República, mas durante a maior parte da história brasileira a criação de recursos administrativos necessários para o desempenho de capacidades estatais esteve concentrada no nível central do governo. No entanto, foi certamente a partir de 1930 que, com a emergência do Estado desenvolvimentista e a ampliação progressiva das funções de governo, a União assumiu uma parcela altamente expressiva das capacidades financeiras e administrativas vis-à-vis com os demais níveis de governo. A forma centralizada do Estado então emergente é resultado de dois movimentos simultâneos: de um lado, os principais tributos e fontes de recursos fiscais passaram progressivamente a ser de competência do governo federal (o fenômeno da centralização financeira); de outro e não menos importante –, foi no nível federal que se desencadeou uma bem-sucedida estratégia de fortalecimento institucional, que compreendeu a criação de órgãos administrativos capazes de formular estratégias de desenvolvimento econômico e inovação em política social, bem como a formação de burocracias tecnicamente preparadas. Esse duplo movimento dotou o nível federal de governo de uma capacidade de inovação política, de formulação de políticas de longo prazo e de cooptação do capital privado nacional e da classe trabalhadora que não teve – até muito recentemente – paralelo em qualquer outra instância de governo.

O federalismo brasileiro ganhou, *em tese*, novos ares a partir da redemocratização do país; com a promulgação da Constituição de 1988, os Estados deixam de gozar do poder de criação e organização dos Municípios, os quais adquirem a capacidade de auto-organização, consubstanciada nas respectivas Leis Orgânicas (BERCOVICI, 2004). Os Municípios foram, portanto, alçados ao *status* de entes políticos, gozando, assim como os demais, de autonomia, recebendo, por conseguinte, atribuições constitucionais.

Nesse cenário, a distribuição das competências se dá, basicamente, em razão da preponderância dos interesses – nacionais, regionais ou locais –, e do princípio da subsidiariedade, estampado, segundo Luís Roberto Barroso (2002, p. 260), no art. 30, V, da Constituição da República, mediante o qual são conferidas aos entes maiores aquelas em relação às quais os entes menores não terão condições de executar da melhor maneira<sup>23</sup>. No que atine a esse primeiro critério, existe uma imanente dificuldade de classificar um determinado interesse e, conseqüentemente, a qual ente político será atribuída a medida de poder político respectiva<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Pensamos, ainda, que a chamada “Teoria dos Poderes Implícitos” pode ser útil a determinar a repartição de competências, mormente em relação às legislativas, porquanto, se atribuída uma competência administrativa a determinado ente político, decerto, ainda que não esteja expresso no texto constitucional, a ele compete a disciplina legislativa sobre a matéria, ao menos no que tange à sua consecução.

<sup>24</sup> A esse respeito, partindo do exame do direito comparado, José Afonso da Silva (2020, p. 481) ensina que: “As constituições solucionavam o problema mediante a aplicação de três técnicas, que conjugam poderes enumerados e poderes reservados ou remanescentes, que consistem: (a) na enumeração dos poderes da União, reservando-se aos Estados os poderes remanescentes; é a técnica predominante (EUA, Suíça, Argentina, ex-URSS, México e Austrália são federações que a adotam); (b) na atribuição dos poderes enumerados aos Estados e dos remanescentes à União, ao inverso, pois, do sistema anterior, e que é empregado quase só pela Federação do Canadá; (c) na

Com efeito, consoante a doutrina clássica, não existe interesse que seja privativa ou peremptoriamente local, mas, em verdade, “a predominância de interesse do Município sobre o do Estado ou da União” (MEIRELLES, 2021, p. 96), lição prestigiadora da autonomia municipal, traço característico da Federação brasileira. Os interesses locais sempre terão reflexos sobre a esfera jurídica da União e dos Estados-membros, e, desse modo, afirmar que o interesse local é exclusivamente do Município, longe de robustecer a força política desse ente, despojar-lhe-ia, no final das contas, de qualquer competência administrativa; destaque-se:

*Concluindo, podemos dizer que tudo quanto repercutir direta e imediatamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também, indireta e mediatamente, ao Estado-membro e à União. O provimento de tais negócios cabe exclusivamente ao Município interessado, não sendo lícita a ingerência de Poderes estranhos sem ofensa à autonomia local. Pode e deve o Município repelir tais interferências, partam ela de outro Município, do Estado-membro ou da União, através de qualquer de seus órgãos ou Poderes. E, não sendo possível ao Município ofendido em sua autonomia convencer administrativamente o Poder estranho a cessar sua intromissão, poderá recorrer ao Judiciário para anular o ato concreto de interferência inconstitucional (MEIRELLES, 2021, p. 96-97, grifo nosso).*

Especificamente quanto à articulação entre os níveis de governo, ainda que o legislador constituinte tenha, na fixação de competências privativas exclusivas, flertado com o federalismo dual, de origem liberal, cujo espírito diz, precipuamente, com a limitação do poder político, percebe-se claramente a força do desenho cooperativo, inspirado nos ideais do Estado-providência, o qual facilitaria a homogênea consecução das políticas públicas traçadas pela Constituição Federal, e, por conseguinte, a redução das desigualdades regionais, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Explica Gilberto Bercovici (2004, p. 58-59, grifo nosso):

O grande objetivo do federalismo, na atualidade, é a busca da cooperação entre União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional. Assim, o fundamento do federalismo cooperativo, em termos fiscais, é a cooperação financeira, que se desenvolve em virtude de

---

enumeração das competências federativas (Índia e Venezuela podem ser indicadas como exemplos, compreendendo ambas poderes concorrentes e atribuição de poderes residuais à União). Esse sistema de enumeração exaustiva de poderes para as entidades federativas vigora também no Brasil para a repartição de rendas tributárias, com competência residual para a União (arts. 145 a 162). À vista, porém, das dificuldades acima apontadas, da evolução do federalismo e da ampliação das tarefas do Estado contemporâneo, outras técnicas de repartição de competências foram surgindo a par do abandono do dualismo que separa as entidades federativas em campos exclusivos, mutuamente limitativas, para acolher formas de composição mais complexas que procuram compatibilizar a autonomia de cada uma com a reserva de campos específicos que designem áreas exclusivas ou simplesmente privativas com possibilidade de delegação, áreas comuns em que se preveem atuações paralelas e setores concorrentes em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados a competência suplementar. É o sistema que se reconhece na República Federal da Alemanha (Constituição, arts. 70 a 75) e agora no Brasil em termos que se anotarão em seguida”.

solidariedade federal por meio de políticas públicas conjuntas e de compensações das disparidades regionais.

*A cooperação financeira tem como característica a responsabilidade conjunta da União e entes federados pela realização de políticas públicas comuns. O seu objetivo é claro: a execução uniforme e adequada de serviços públicos equivalentes em toda Federação, de acordo com os princípios da solidariedade e da igualação das condições sociais de vida.*

Oportunos, também, os apontamentos de Ricardo Marcondes Martins (2020, p. 158-159); *in verbis*:

Passou a ser um dos traços do chamado novo federalismo a ampla cooperação entre as entidades federativas: a divisão de competências não é considerada estanque, exigindo-se que um ente coopere com o outro no cumprimento dos deveres constitucionais.

Com efeito: o texto de 1988, e isso é indiscutível, adotou um modelo de federalismo cooperativo. Por um lado, estabeleceu um extenso rol de competências comuns no artigo 23; por outro, impôs, no *caput* do art. 211, às entidades federativas a organização de seus sistemas de ensino em regime de colaboração. Na cooperação, todos exercem sua competência conjuntamente com os demais, de modo que todos devem colaborar para a execução das tarefas constitucionais. O federalismo cooperativo, porém, não pode ser invocado como uma expressão mágica, apta a transformar o modelo petrificado num verdadeiro castelo de areia. Por óbvio: é o texto originário que dá a dimensão do modelo cooperativo adotado, modelo que, por estar petrificado, não pode ser desnaturado pelo Poder reformador. Insiste-se: no texto originário, adotou-se um modelo que, em suas linhas mestras, está petrificado. A alteração da Constituição não pode importar na alteração do modelo. O Constituinte de 1988 não adotou qualquer cooperação, mas um modelo de cooperação.

A cooperação federativa propriamente dita está cristalizada no texto constitucional nas competências comuns, dispostas no seu art. 23<sup>25</sup>, em relação as quais, “nem a União, nem qualquer ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais” (BERCOVICI, 2004, p. 60), *notando-se, ao mesmo tempo, a descentralização de poderes e atribuições, e um liame de interdependência na sua execução, em razão do que não será possível a atuação de modo exclusivo ou preponderante de nenhum desses centros governamentais, como se verifica quanto, respectivamente, às competências exclusivas e concorrentes*, tudo isso nos moldes da Lei Complementar, cuja edição é prevista no parágrafo único do mencionado dispositivo da Constituição da República.

Nesse contexto, isto é, *à luz do real sentido das competências comuns associadas ao federalismo de cooperação*, não se confundem a prestação descentralizada de um serviço público, e o mero fracionamento e redirecionamento de atribuições a poderes locais ou aos próprios agentes privados. A propósito, verifica-se uma equivocada predisposição a enxergar a

---

<sup>25</sup> Bercovici diferencia a cooperação propriamente dita da *coordenação*, a qual estaria consubstanciada no art. 24 da Carta Constitucional de 1988, em que estampadas as competências legislativas concorrentes. Segundo o autor, na atuação coordenada, os entes poderão exercer as mesmas funções, isoladamente e com diferentes graus de intensidade (BERCOVICI, 2004, p. 59-60).

descentralização não como um instrumento de transposição de recursos e competência para a alçada dos demais entes de poder, que, se utilizado de forma ordenada e cooperativa, produz o “fortalecimento das capacidades institucionais e administrativas do Governo Federal, que é o nível de governo que dirige e coordena a implementação das políticas descentralizadas pelos entes federados” (BERCOVICI, 2004, p. 70), e, conseqüentemente, o aminguamento dos desequilíbrios sociais no Brasil, mas, inexatamente, como um meio de assegurar a democracia, eficiência e equidade na implementação de políticas públicas.

A problemática é descrita por Celina Souza (2005, p. 105-106) nos seguintes termos:

Devido à importância que a descentralização assumiu no Brasil posterior a 1988, a maioria dos trabalhos focaliza o federalismo mais como sinônimo de descentralização, aliando-se ao que Gibson (2004) classificou como a escola do federalismo como descentralização, do que associando o federalismo a uma ordem política e constitucional com especificidades próprias. Muitos trabalhos também analisam as relações que se estabelecem entre esferas de governos, focalizando as chamadas relações intergovernamentais, também como resultado da emergência de políticas descentralizadas, mas sobretudo pelo considerável aumento de programas “intergovernamentalizados”, tendência observada na maioria dos países federais e unitários.

À vista disso, Marta Arretche (1996, p. 01-16) esclarece não existir “uma garantia prévia – intrínseca ao mecanismo da descentralização de que o deslocamento desses recursos implique a abolição da dominação”, a qual será forjada, de fato, através do fortalecimento do perfil democrático das instituições:

[...] a partir de perspectivas políticas distintas se produziu um grande consenso em torno da descentralização. Passou-se a supor que, por definição, formas descentralizadas de prestação de serviços públicos seriam mais democráticas e que, além disso, fortaleceriam e consolidariam a democracia. Igualmente, tal consenso supunha que formas descentralizadas de prestação de serviços públicos seriam mais eficientes e que, portanto, elevariam os níveis de bem-estar da população. Portanto, reformas do Estado nessa direção seriam desejáveis, dado que viabilizariam a concretização de ideais progressistas, tais como equidade, justiça social, redução do clientelismo e aumento do controle social sobre o Estado. Simetricamente, passou-se a associar centralização a práticas não-democráticas de decisão, à ausência de transparência das decisões, à impossibilidade de controle sobre as ações de governo e à ineficácia das políticas públicas. As expectativas postas sobre a descentralização e a visão negativa das formas centralizadas de gestão implicam, como conseqüência, a necessária redução do escopo de atuação das instâncias centrais de governo.

[...] qualquer que seja o conteúdo da proposta de democracia ao qual se esteja filiado, os princípios e valores que o sustentam devem se encarnar em instituições concretas, as quais têm variado ao longo do tempo. *Dado que permanecerão existindo questões que devem ser processadas pelos distintos níveis de governo, o caráter democrático do processo decisório depende menos do âmbito no qual se tomam decisões e mais da natureza das instituições delas encarregadas. Além disso, a associação entre centralismo e autoritarismo pode ser mais bem explicada pelo exame da forma pela qual se associaram historicamente, no processo de formação dos distintos Estados nacionais, estruturas administrativas do governo central e elites locais e/ou regionais. É a maior ou menor capacidade de absorção/cooptação/integração dessas elites no Estado centralizado que estimularia essas mesmas elites a identificar descentralização e democratização em suas demandas por maior participação no processo político* (ARRETCHE, 1996, p.01-16, grifo nosso).

Das lições da mesma autora (ARRETCHE, 2006), extraímos uma possível explicação para essa leitura míope, que tanto dificulta a coordenação de ações entre os entes: a ausência de real ruptura, pós-1988, com a estrutura de gestão das políticas sociais verificada no regime militar. Segundo ela, apesar da descentralização de receitas, não se observa, de forma congruente e harmônica, a descentralização de deveres públicos:

Os constituintes de 1988 optaram pelo formato das competências concorrentes para a maior parte das políticas sociais brasileiras. Na verdade, as propostas para combinar descentralização fiscal com descentralização de competências foram estrategicamente derrotadas na ANC 1987-1988 (SOUZA, 1997). Assim, qualquer ente federativo estava constitucionalmente autorizado a implementar programas nas áreas de saúde, educação, assistência social, habitação e saneamento. Simetricamente, nenhum ente federativo estava constitucionalmente obrigado a implementar programas nessas áreas.

[...] Ocorre que a Constituição Federal de 1988 não alterou a estrutura institucional de gestão das políticas sociais herdada do regime militar. Mesmo as medidas de reforma aprovadas e implementadas pelos sucessivos presidentes – posteriormente à Constituição Federal de 1988 – pouco ou nada alteraram essa estrutura prévia, que é centralizada para as políticas de saúde e desenvolvimento urbano e descentralizada para a política de educação fundamental. No início dos anos 1990, a distribuição federativa dos encargos na área social derivava menos de obrigações constitucionais e mais da forma como historicamente esses serviços estiveram organizados em cada política particular. A capacidade de coordenação das políticas setoriais dependeu em grande parte dos arranjos institucionais herdados (ARRETCHE, 2006, p.101)

Tal reflexão encontra amparo, ainda, na doutrina de Celina Souza (2005, p. 110-111, grifo nosso):

Embora a Constituição de 1988 não tenha sido precedida de debates sistemáticos como nos EUA, reunidos em ensaios que ficaram conhecidos como O federalista, houve ampla divulgação de sua pauta e do trabalho da Comissão Afonso Arinos, que a precedeu. Ademais, suas regras foram capazes de conciliar os interesses de novos e velhos atores políticos e grupos de interesse. Essa opção pela conciliação pode ser também um dos fatores explicativos de por que a Constituição tornou-se tão detalhada e por que contém muitos dispositivos que requerem regulamentação posterior, apesar de seu alto nível de detalhe, alguns exigindo leis complementares e outros leis ordinárias. O consenso foi o caminho possível pela ausência de uma clara maioria partidária ou ideológica. Devido às razões acima expostas, os constituintes tiveram vários incentivos para desenhar uma federação em que o poder governamental foi descentralizado e em que vários centros de poder, embora assimétricos, tornaram-se legitimados para tomar parte do processo decisório.

[...] No entanto, a Constituição de 1988 conservou certas características das constituições anteriores, tais como (a) a tendência à constitucionalização de muitas questões, mantida nas emendas constitucionais aprovadas posteriormente; (b) o fortalecimento dos governos locais vis-à-vis os estados; (c) a tendência à adoção de regras uniformes para as esferas subnacionais, em especial as instâncias estaduais, dificultando a adoção de políticas próximas de suas prioridades, e (d) *a impossibilidade de avançar em políticas voltadas para a diminuição dos desequilíbrios regionais, apesar da existência de mecanismos constitucionais que ou não foram operacionalizados ou são insuficientes para uma efetiva política de equalização fiscal.*

[...] *Desde a promulgação da Constituição de 1988, outorgar o rótulo de centralizado ou descentralizado ao federalismo brasileiro parece não dar conta da sua atual complexidade. A federação tem sido marcada por políticas públicas federais que se*

*impõem às instâncias subnacionais, mas que são aprovadas pelo Congresso Nacional e por limitações na capacidade de legislar sobre políticas próprias – esta última também constrangida por decisões do poder Judiciário. Além do mais, poucas competências constitucionais exclusivas são alocadas aos estados e municípios, como também ocorre em outros países em desenvolvimento, tais como o México e a África do Sul. Por outro lado, estados e municípios possuem autonomia administrativa considerável, responsabilidades pela implementação de políticas aprovadas na esfera federal, inclusive muitas por emendas constitucionais, e uma parcela dos recursos públicos poucas vezes concedida pelas constituições anteriores, em particular para os municípios, superior a outros países em desenvolvimento.*

O certo é que, ao fim e ao cabo, o modelo federalista cooperativo de terceiro grau perfilhado pela Constituição Republicana de 1988, não frutificou, de modo geral, os resultados desejados na implementação de políticas públicas. Da apontada dificuldade na superação do modelo de gestão das ações estatais anterior à redemocratização, o qual consolidou e aprofundou as desigualdades sociais em nosso país em nome do desenvolvimentismo, emerge um cenário de falta de corresponsabilidade e ausência de uma composição de arranjos ordenados entre os entes federados. Nessa linha:

Se, por um lado, a redemocratização significou um fortalecimento dos governadores e das unidades estaduais, igualmente verdadeiro, por outro lado, foi o fortalecimento dos governos municipais. A Constituição Federal de 1988 fez com que o Brasil se tornasse um caso peculiar de Federação com três entes considerados pactuantes originários: União, estados e municípios – somente a Bélgica e a Índia dão ao poder local um status semelhante. De fato, pode-se observar uma maior autonomia política, administrativa e financeira dos municípios em relação ao período anterior, acompanhada de uma descentralização de recursos e atribuições. [...] Apesar do ápice da descentralização fiscal ter sido atingido na Constituição Federal de 1988, a municipalização de políticas públicas foi se consolidando apenas ao longo dos anos 1990, assumindo variados ritmos, dependendo da área. Cabe frisar que a Constituição Federal, no seu artigo 23, estabelece um modelo baseado fortemente em competências comuns. Em seus doze incisos, tal dispositivo constitucional diz que “é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...)” as seguintes áreas de política pública: conservação do patrimônio público; saúde e assistência social; acesso à cultura e educação; proteção ao meio-ambiente; fomento à produção agropecuária e ao abastecimento alimentar; moradia e saneamento básico; combate às causas da pobreza; e política de educação para a segurança no trânsito. Como se pode observar, várias áreas de grande importância são de competência dos três níveis de governo. Em um primeiro momento, o resultado dessa combinação entre previsão compartilhada de responsabilidades e descentralização de recursos foi a participação dos estados em políticas financiadas pela União, eximindo-se da responsabilidade de investimento, considerando que estavam constitucionalmente “desobrigados”. O Governo Federal, de seu lado, sentindo a perda de recursos ocasionada pela descentralização fiscal, “procurou transformar a descentralização em um jogo de repasse de funções, intitulado à época de operação desmonte”. (ABRUCIO, 2002, p.194). Nesse contexto, grande parcela dos encargos acabou sendo assumida de forma desorganizada pelos municípios, muitas vezes com pouca cooperação junto às outras instâncias federativas, noutras, com um aumento da competição entre os próprios governos municipais. O fato é que se construiu um padrão autárquico de municipalismo (DANIEL, 2001), transformando os prefeitos nos atores fundamentais da dinâmica local e intergovernamental, cada qual defendendo a autonomia de seu município como se esta significasse um isolamento das demais unidades da federação, ignorando que alguns problemas têm solução apenas em âmbitos mais abrangentes como o microrregional, estadual, ou mesmo federal. O pior

de tudo é que autonomização em diversos casos e aspectos não reduziu a subordinação financeira ou política das cidades em relação aos níveis superiores de governo.

*A assunção de responsabilidades pelos municípios, ademais, não significou necessariamente uma democratização do poder local, tampouco resultou inegavelmente numa melhoria da gestão das políticas. Em boa parte dos casos, a tendência à “prefeiturização” do poder, o pouco controle da sociedade sobre as ações do poder público, sobretudo nas áreas mais pobres e em pequenas municipalidades, além da baixa qualidade da burocracia municipal reduziram o potencial transformador da descentralização (ABRUCIO; FRANZESE, 2007, p. 06-08, grifo nosso).*

Notadamente em relação ao saneamento básico, a equivocada ideia construída em torno da descentralização e o displicente silêncio observado em relação à atribuição constitucional de titularidade desses serviços, implicam, na prática, numa cômoda escusa para a omissão estatal e, por conseguinte, no prolongamento da constante violação ao direito humano de acesso a condições sanitárias básicas no Brasil.

Tal cenário de inércia no atendimento dos interesses públicos cristalizados nas competências materiais comuns, elencadas no art. 23 da Constituição da República, restou nítido no julgado proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 15 de abril de 2020, referendando a cautelar deferida monocraticamente, no dia 24 de março do mesmo ano, pelo Relator, Ministro Marco Aurélio, nos autos da ADI nº 6.341, já comentada no introito deste trabalho, na qual sustentou-se a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 13.979/2020, com redação dada pela Medida Provisória nº 926/2020, tolhendo a tomada de ações de combate ao coronavírus pelos governos estaduais e municipais.

Naquela ocasião, a Corte Constitucional firmou orientação segundo a qual, em síntese, sendo a proteção à saúde uma competência comum, consoante dispõe o art. 23, II, da Constituição Federal de 1998, os Estados e Municípios gozam de autonomia para determinar medidas contra a pandemia de Covid-19. No voto do Redator para o acórdão<sup>26</sup>, Ministro Edson Fachin, anotou-se com extrema exatidão que:

*O presente caso revela muito bem a necessidade de definir urgentemente os contornos das competências dos entes da federação no âmbito do federalismo cooperativo da Constituição Federal. É intuitivo que medidas como o isolamento e a quarentena, que são recomendadas pela Organização Mundial da Saúde, possam ser tomadas por todas as pessoas que tenham competência material para cuidar da saúde, nos termos do art. 23, II, da CRFB e, mais especificamente ainda, do art. 198, I, da CRFB.*

*No entanto, o parâmetro que tradicionalmente tem sido utilizado para regular as competências dos entes da federação é de primeiro identificar a matéria preponderante de que cuida a legislação, para só então identificar qual é o ente responsável. A solução dada pela identificação da primazia do interesse da regulação em determinado tema acaba por, não raro, premiar a inação do ente que o Tribunal entende ser competente.*

<sup>26</sup> BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Redator(a) para o acórdão: Min. EDSON FACHIN, julgado em 15/04/2020, publicado em 13/11/2020, Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>>. Acesso em julho de 2021.



*O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios (grifo nosso).*

Sobre esse emblemático julgado, Ana Paula de Barcellos (2020, p. 171-180), além de sobrelevar o ineditismo da diretriz assentada pela Corte Constitucional, defende, acertadamente, sua universalização em relação às demais competências comuns.

## **2.2. A problemática (in)definição constitucional da titularidade do serviço de saneamento básico**

Como já pontuado, o constituinte não concedeu, de forma categórica, a titularidade da prestação dos serviços de saneamento básico a nenhum dos entes federais, o que, segundo Luís Roberto Barroso (2002, p. 256), justifica plenamente o atrasado desenvolvimento das políticas públicas em saneamento básico no Brasil, pairando, em relação a elas, controvérsias em torno da real competência de cada um dos entes federativos.

Algo próximo a isso, a indicar uma possível exegese constitucional integrativa, seria a atribuição à União das competências administrativas privativas para a instituição do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definição dos critérios de outorga do seu uso – consubstanciado na Lei nº 9.433/1997 –, e, ainda, da competência legislativa sobre águas, consoante o art. 22, IV, da Carta Constitucional de 1988. Contudo, esse norte interpretativo não prospera, já que não se pode confundir a própria água, matéria-prima do saneamento, seja ela de domínio da União ou de Estado-membro, com a serventia em si, conclusão óbvia confirmada pelo fato de que, em função do serviço, o direito ao uso dos recursos hídricos será objeto de outorga vinculada<sup>27</sup>, a partir de parâmetros fixados em âmbito federal, nos termos do art. 21, XIX, da Constituição da República.

---

<sup>27</sup> Conforme aponta Ricardo Marcondes Martins (2020, p. 163), quando “obedecidas as exigências do sistema normativo, o ente titular do serviço tem o direito público subjetivo à outorga do uso do recurso hídrico necessário à prestação”; decerto, não haveria sentido a atribuição de determinada competência administrativa, sem uma implícita imposição da outorga do bem a ela necessária, sob a titularidade de outro ente. No ponto, sem olvidar que a Constituição da República de 1988 destacou, distintivamente, a propriedade da água do seu aproveitamento, mas sustentado a existência de um sistema constitucional de águas, o qual “pressupõe harmonia e articulação entre as partes”, Luís Roberto Barroso afirma a importância da determinação da dominialidade desse bem para o saneamento básico, uma vez que “quem quer que seja o ente competente para prestar o serviço, em cada caso, deverá obter uma outorga do proprietário da água, a não ser, por evidente, que já seja o proprietário” (2002, p. 257-258).

Assim, as orientações doutrinárias quanto à titularidade do saneamento básico dividem-se, basicamente, em duas linhas.

À vista de alguns elementos – nem todos jurídicos –, localizamos trabalhos acadêmicos questionando se o interesse na prestação do serviço público em tela seria regional, e, portanto, da alçada dos Estados-membros, tese que ganha especial força quando examinado o saneamento básico no contexto das regiões metropolitanas, conceituadas por Hely Lopes Meirelles (2021, p. 71) como a área influenciada por uma metrópole, na qual os serviços e utilidades serão atribuídos a uma só Administração, “que planeje integralmente a área, coordene e promova as obras e atividades de interesse comum da região, estabelecendo as convenientes prioridades e normas para o pleno atendimento das necessidades das populações interessadas”.

Tal forma de unificação regional, objeto, ainda, da Lei nº 13.089/2015 (“Estatuto da Metrópole”), é adotada como instrumento de política urbana e interurbana mundo afora, podendo abranger diversos Municípios, localizados no mesmo ou em diferentes Estados-membros. Não é, todavia, a uma nova unidade política, porquanto “na nossa organização constitucional federativa não há lugar para uma nova entidade política” (MEIRELLES, 2021, p. 72), tampouco representa espécie de avença entre os entes que ela integra, já que é fruto de lei complementar estadual; corresponde, sim, tão somente, a uma região administrativa de governança interfederativa, consoante prevê o art. 3º, § 1º, desse diploma legal.

O entendimento no sentido de que, nessa hipótese, a titularidade do serviço público em tela seria dos entes estaduais, escora-se, por primeiro, no comando normativo estampado no art. 25, § 3º, da Constituição da República, segundo o qual 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*”. Como, nas regiões metropolitanas, os serviços públicos são de interesse comum, a titularidade do saneamento básico passaria à titularidade dos Estados; em outras palavras, o interesse, definidor da competência para a execução do serviço, deixaria de ser local e passaria a ser regional.

Os fatores geográfico e econômico, lado outro, também sustentam essa linha de compreensão: o saneamento básico, mormente os serviços de abastecimento de água potável e o esgotamento sanitário, é prestado em múltiplas etapas, cuja execução pode se dar, não raro, em localidades diversas, circunstância que evidenciaria o interesse regional (LAHOZ, 2016, p. 145); demais disso, a precária realidade orçamentária da imensa maioria dos entes municipais não é compatível com o volumoso aporte financeiro necessário à adequada estruturação e prestação do saneamento. Nessa toada, a lição de Caio Tácito (2002, p. 01-04):

Serviços de saneamento básico que têm origem e destino dentro dos limites de um único município são de interesse local e assumem a qualidade de serviços municipais. Na medida, porém, em que a captação e o uso de águas como a coleta de detritos não se contêm no âmbito estrito de um município, os serviços de saneamento básico configuram um interesse comum plurimunicipal.

*O saneamento básico, compreendendo os serviços de água e esgoto, poderá, em suma, importar na interligação de fontes e destinação de recursos que excedam aos limites territoriais de um certo município [...].*

*O conceito de interesse comum, a ser aferido pelo legislador estadual mediante um juízo político de valor, sobrepõe-se ao conceito primário do interesse local, que qualifica a competência municipal [...].*

O destinatário final de tais serviços é o município – o que faz supor, em princípio, o interesse local – mas, a integração de áreas limítrofes e, especialmente, a fonte de origem dos recursos físicos e financeiros indispensáveis à prestação dos serviços marca, conforme o caso, a predominância do interesse metropolitano ou conurbano, que excede e supera os limites da autonomia municipal.

Na mesma direção, destacamos os seguintes excertos de artigo da lavra de Luís Roberto Barroso (2002, p. 263-264, grifo nosso):

*Pode-se concluir, assim, que a competência estadual para os serviços de interesse comum, particularmente no âmbito das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, decorre de uma imposição do interesse público, no que diz respeito à eficiência e qualidade do serviço prestado e, muitas vezes, até mesmo à sua própria possibilidade [...]. Desse modo, e para os fins que aqui importam, a conclusão é que se, em determinada circunstância, o saneamento básico for considerado um serviço de interesse comum ou regional, e não local, ele deverá ser prestado pelos Estados, e não pelos Municípios.*

Contudo, a posição doutrinária majoritariamente sedimentada indica a titularidade municipal dos serviços de saneamento, ainda quando considerado em sua definição ampla, constante da atual redação do art. 3º, I, da Lei nº 11.445/2007, a partir da leitura conjunta de dois dispositivos constitucionais: o já aludido art. 23, IX, que estabelece a competência material comum relativa ao serviço ora estudado, e o disposto no art. 30, V, segundo o qual compete aos Municípios, de forma direta ou sob regime de concessão ou permissão, a organização e a prestação de serviços públicos de interesse eminentemente local.

Rechaçando a ideia de interesse regional, e, conseqüentemente, o esteio constitucional da tese de titularidade dos Estados, os defensores dessa linha de entendimento apontam, ainda, a violação do princípio constitucional da autonomia dos Municípios, decorrente da imposição política de criação de regiões metropolitanas, retirando-lhes o protagonismo na prestação do saneamento básico, mediante a edição de lei complementar estadual; *in verbis*:

*É possível que o ente dependa de recursos hídricos que se encontram fora de seu território, é possível que a prestação do serviço obedeça a limitações impostas pelo interesse regional, mas nada disso afasta a titularidade municipal. Noutras palavras, na maioria das hipóteses, o Município precisa obter a outorga do uso do recurso hídrico (outorga essa que, como já se disse, importa em exercício de competência vinculada); muitas vezes o Município deve, na prestação do serviço de saneamento, obedecer aos condicionamentos impostos na legislação estadual, tendo em vista as*

particularidades ditadas pelo interesse regional; sem embargo, *em nenhum caso a prestação do serviço de saneamento, em si considerada, ao contrário do que ocorre com o serviço de transporte coletivo intermunicipal, extravasa os limites do território do Município a justificar a titularidade estatal* (MARTINS, 2020, p.67, grifo nosso).

Analisando a divergência apresentada sob a óptica do federalismo cooperativo, acreditamos que a inferência segundo a qual a prestação do serviço ora estudado seria invariável e puramente de interesse local, não pode ser afirmada de forma peremptória.

Isso porque, primeiramente, como já visto, a cooperação entre entes reclama, por sua própria essência, a atuação conjunta das esferas de poder político, na busca de “resultados unitários e uniformizadores sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade” (BERCOVICI, 2004, p.58). Outrossim, tendo em mente que a definição de interesse local, para fins de fixação de competências constitucionais, não é hermética, não há como desconsiderar a existência de conurbações – áreas urbanas formadas por cidades vizinhas, cujos limites territoriais se confundem –, diante das quais determinados serviços públicos, prestados por meio de aparatos e estruturas físicas grandiosas, especialmente na hipótese de existir monopólio natural (como é, justamente, o caso do saneamento básico), ignoram fronteiras.

As constantes dificuldades econômicas com que convivem os Municípios, igualmente, devem, sim, também ser levadas em conta na presente análise, por ressoarem, indubitavelmente, em aspectos jurídicos atinentes à prestação do saneamento básico adequado, a exemplo da continuidade e eficiência dos serviços públicos; nessa linha – em que pese, argumentando em defesa da possibilidade da titularidade estadual –, citamos Luís Roberto Barroso (2002, p. 262-263):

Percebeu-se, com relativa facilidade, que os Municípios isoladamente não eram capazes de prestar os serviços demandados por essa enorme quantidade de pessoas que passou a viver nos grandes centros ou ao seu redor, sem qualquer preocupação específica com os limites municipais. O fato é que atender às necessidades desse contingente populacional tornou-se caro, complexo e muitas vezes tecnicamente inviável para cada Município sozinho. A solução foi adotar a prestação integrada pela autoridade regional, no caso os Estados, de modo que o interesse público – aí entendido o interesse primário, isto é, da população, e não o interesse fazendário de cada ente estatal – fosse mais bem atendido.

A tutela ambiental, especialmente no tocante aos princípios da precaução e prevenção, alicerces do Direito Ambiental Internacional, também vai ao encontro da ideia ora defendida. Destacamos anteriormente que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental difuso, onipresente e fluido, está associado, naturalmente, ao bom funcionamento

dos serviços de saneamento básico. Partindo do princípio da ubiquidade<sup>28</sup>, segundo o qual “o bem ambiental não encontra qualquer fronteira, seja espacial, territorial ou mesmo temporal” (RODRIGUES, 2021, p. 160), e pensando em uma região metropolitana localizada em uma determinada bacia hidrográfica, cujas águas banham uma grande área territorial, concluímos que todo e qualquer dano ambiental ocasionado por falhas, por exemplo, no esgotamento sanitário, transcenderá a localidade em que o fato gerador ocorreu, atingindo, pelo menos, os Municípios circunvizinhos; o interesse na adequada prestação desse serviço público, nessa hipótese, conseqüentemente, deixa de ser meramente local, demandando uma articulação regionalizada.

À vista desses importantes fatores, a discussão em torno da titularidade dos serviços de saneamento básico chegou ao Supremo Tribunal Federal, especificamente no contexto das regiões metropolitanas. Em 2013, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842/RJ, a Corte Constitucional definiu, nessas hipóteses, a existência de um “interesse comum” dos Municípios integrantes de região metropolitana na prestação do saneamento básico, resultante do alto custo de sua infraestrutura, do monopólio natural que envolve o serviço, e de sua prestação em várias etapas, sem esvaziar, contudo, a titularidade municipal originária, de modo a, nessa hipótese, adotar-se não a ideia da titularidade estadual, mas, sim, um *modelo de competência compartilhada*, por meio de colegiado formado pelos entes municipais e o Estado-membro, com participação não necessariamente paritária<sup>29</sup>.

Com a edição da Lei nº 14.026/2020, o legislador ordinário, que até então não havia se ocupado da titularidade dessa utilidade pública, alterou a redação do art. 8º da Lei nº 11.445/2007, para concedê-la, efetivamente, também aos Estados, em conjunto com os Municípios, encampando, em certa extensão, a decidido no julgamento da ADI nº 1.842; *in verbis*:

Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

I – os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II – o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações

---

<sup>28</sup> Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, “em razão da interligação química, física e biológica dos bens ambientais, não é possível ao ser humano estabelecer limites ou paredes que isolem os fatores ambientais” (RODRIGUES, 2021, p. 160). Para o mesmo autor, o princípio da ubiquidade ambiental pode ser extraído dos arts. 186, II, e 225, § 1º, da Constituição da República. Destaque-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma ocasião, já adotou tal princípio (BRASIL, REsp nº 588.022/SC, Relator(a): Min. JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, julgado em 17/02/2004, publicado em 05/04/2004; e BRASIL, REsp nº 1.051.306/MG, Relator(a): Min. CASTRO MEIRA, Rel. para acórdão: Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 16/10/2008, publicado em 10/09/2010).

<sup>29</sup> O julgado será melhor trabalhado em tópico dedicado ao exame da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, relativamente ao tema ora estudado.

*urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum* (grifo nosso).

Houve, dessa maneira, uma tentativa de alinhamento legislativo ao entendimento cristalizado pelo STF em sede de controle de constitucionalidade abstrato, de modo a, em tese, resolver o delicado dilema ora tratado. Todavia, ainda assim, alguns problemas concretos em torno do tema têm surgido, em decorrência, pensamos, de distorções na interpretação desse dispositivo.

Com efeito, identificamos uma relevante questão política em aberto nessa discussão, adiando, ainda mais, o seu deslinde definitivo: o grau de influência administrativa dos Estados-membros sobre os serviços de saneamento básico, a partir da interpretação do que seria a “atuação conjunta” referida na lei. Não raro, tem sido observada, na prática, a concentração de prerrogativas no ente maior, alijando forçosamente os Municípios do poder de ingerência sobre a atividade, e causando problemas junto ao setor privado, os quais serão, muito provavelmente, judicializados.

Como exemplo, cite-se os processos de regionalização aprovados por nove Estados-membros (Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Roraima), pelos quais o fornecimento de água e tratamento de dejetos fica a cargo das empresas públicas vinculadas a esses entes, sem prévia licitação<sup>30</sup>. Em suma, cria-se regiões metropolitanas, e, a partir da letra fria do art. 8º, inciso II, da Lei nº 11.445/2007, entende-se que o saneamento básico passa a ser de titularidade estadual; daí, sendo a estatal prestadora do serviço vinculada à Administração Pública Direta desses entes, efetua-se contratação direta, ignorando por completo os prestadores privados.

Especificamente no caso do Amazonas, esse imprevisto interpretativo está expresso na Mensagem nº 69/2021<sup>31</sup>, enviada pelo Governador do Estado à Assembleia Legislativa, em 25 de junho de 2021, juntamente com projeto de lei complementar que institui a “Microrregião de Saneamento Básico do Estado do Amazonas”, na qual consta o seguinte:

[...], a proposição também é necessária ao objetivo de conferir maior segurança jurídica à prestação dos serviços, no âmbito do Estado do Amazonas, inclusive considerando a existência de *titularidade interfederativa* (Estado e Municípios) na Microrregião, o que autoriza a prestação direta dos serviços públicos de Saneamento Básico pela Companhia de Saneamento do Amazonas – COSAMA, *em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes da Entidade Microrregional*,

<sup>30</sup> PUPO, Amanda. Estados driblam marco de saneamento para manter estatais sem licitação. Estadão, 2021. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,estados-driblam-marco-de-saneamento-para-manter-estatais-sem-licitacao,70003783505>>. Acesso em julho de 2021.

<sup>31</sup> Disponível em: <[https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/materialegislativa/2021/150280/mg\\_69.2021.pdf](https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/materialegislativa/2021/150280/mg_69.2021.pdf)>. Acesso em agosto de 2021.

*conforme estabelece o artigo 8.º, inciso II e artigo 10 da Lei Federal n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007, atualizada pela Lei Federal n.º 14.026, de 15 de julho de 2020.*

Além de representar, como já dito, uma exegese atécnica do art. 8º da Lei nº 11.445/2007, bem como do precedente judicial que o inspirou (a ADI nº 1.842), o exame desse imbróglio passa, outrossim, pela conciliação entre a autonomia municipal e a ideia, firmada em antiga jurisprudência do STF<sup>32</sup>, de compulsoriedade na participação municipal nos arranjos regionais metropolitanos – lembre-se, criados mediante lei complementar estadual, nos termos constitucionais –, assunto que será retomado em tópico adiante.

### **2.3. O modelo de cooperação interfederativa da Lei nº 11.445/2005 e a nova face da prestação regionalizada**

De todo modo, a par da prestação do serviço de saneamento básico pelo Município, por *sponte propria*, ou em conjunto com o Estado-membro instituidor de região metropolitana, há a possibilidade legal de execução dessa competência por cooperação interfederativa, mediante gestão associada, pela celebração de consórcios públicos ou convênios, os quais têm disciplina constante da Lei nº 11.107/2005, cuja redação, no ponto, foi objeto de mudanças pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico.

Os consórcios públicos, em síntese, são instrumentos de concretização do federalismo de cooperação, de natureza consensual, cuja matriz constitucional é, além do próprio parágrafo único do art. 23, a norma estampada no art. 241, na redação dada pela EC nº 19/1998<sup>33</sup> – não à toa, a mesma reforma da qual resultou a positivação do princípio da eficiência no texto da Constituição da República de 1988. A Lei nº 11.107/2005 conferiu, de forma expressa, caráter contratual a eles, de modo que, por força do art. 22, XXVII, a competência legislativa sobre a matéria é privativa da União – o que enseja, de pronto, um questionamento em torno da constitucionalidade desse diploma normativo, face ao disposto no art. 241 da Carta Constitucional.

Consoante clássica lição de José Afonso da Silva (2020, p. 487), essa forma de gestão associada é uma das exceções ao sistema de execução imediata de serviços públicos<sup>34</sup>, modelo

<sup>32</sup> BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. ADI 796, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, julgado em 02/02/1998, publicado em 17/12/1999, Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur108975/false>>. Acesso em julho de 2021.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> A propósito, além do sistema de execução imediata, adotado pelo Brasil, EUA, México e Argentina, José Afonso da Silva (2020, p. 486) anota a existência de mais dois sistemas constitucionais de execução de serviços públicos

abraçado pelo constituinte brasileiro de 1988, em que, para tal, cada um entes federativos mantêm sua administração e agentes próprios, subordinados tão somente a eles. A outra ressalva, segundo ele, é justamente ao lado da previsão contida no parágrafo único do art. 23 da Constituição, relativamente à edição de lei complementar para a fixação de normas de cooperação entre os entes federados, na realização das competências comuns ali estampadas, dentre elas, no inciso IX, a promoção de programas de saneamento básico.

Anteriormente à edição da Lei nº 14.026/2020, observa-se que, para a gestão associada dos serviços de água e esgotamento sanitário, muitos entes federativos se valiam da celebração de contratos de programa, os quais, em linhas gerais, são uma forma cooperativa de delegação da prestação de serviços públicos, avençada sem prévio procedimento licitatório<sup>35</sup>, em que se constituem e regulamentam as obrigações assumidas entre entes federativos participantes de convênio de cooperação, ou por eles perante um consórcio público, vedada, no entanto, a transferência das funções de planejamento, regulação e fiscalização, nos termos do art. 13 da Lei nº 11.107/2005.

Sobre tal quadro fático pregresso ao Novo Marco Legal do Saneamento Básico, anote-se:

“Concessão de serviço público” foi um termo impropriamente utilizado quando o próprio estado criava uma entidade (uma empresa estatal) sua para gerir um serviço seu. Em tal situação não havia uma legítima concessão, porque estaremos diante de um prolongamento do próprio estado, configurando-se uma simples administração direta descentralizada, conforme sempre ensinou o saudoso Hely Lopes Meirelles. A real concessão se dá quando a outorga é transferida, mediante licitação, a um terceiro; alguém que não possui ligação, que não faz parte da estrutura governamental, como é o caso das empresas privadas concessionárias de serviços públicos. Diante dessa falsa concessão, passaram Estados e Municípios, em tal situação, a se utilizar da figura do contrato de programa, obviamente celebrados sem licitação e que não permitiam um efetivo controle da prestação dos serviços, pois, em essência, disciplinavam a relação de um ente político com um segmento desse mesmo ente político (DALLARI, 2020, p. 202-203).

Tal prática acarretava na execução do saneamento básico por entidades da Administração Pública Indireta dos Estados-membros, em concerto que, não obstante a dificuldade no controle da prestação, naquela realidade política e legislativa, prestava-se a “acomodar e respaldar juridicamente os serviços que já vinham sendo precariamente prestados pelas estatais” (RESENDE; COHEN; MARCATO, 2020, p. 195), garantindo, ademais, a

---

no Direito Constitucional comparado: (i) sistema mediato, presente na Alemanha e Índia, no qual os serviços públicos federais são executados por agentes dos entes menores; e (ii) sistema misto, no qual há são aplicados os sistemas mediato e imediato, a depender especificamente do serviço público prestado, como se observa na Áustria e na Suíça.

<sup>35</sup> A dispensa de licitação se dava com amparo no art. 24, XXVI, da Lei nº 8.666/1993.



higidez financeira dessa estrutura, mediante os chamados “subsídios cruzados”, ideia cunhada com base na solidariedade federativa, em que o déficit experimentado nos Municípios menores e mais pobres era compensado pelos entes superavitários, atendidos pela mesma prestadora.

Visando a abertura do setor à iniciativa privada, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, a seu turno, por meio da inclusão do § 8º ao art. 13 da Lei nº 11.107/2005, vedou a formalização de novos contratos de programa para a prestação desses serviços públicos, determinando a observância ao estabelecido no art. 175 da Constituição da República; é dizer, “restaura-se a concessão de serviço público, com a necessidade de prévia licitação” (DALLARI, 2020, p. 203) consoante se extrai da novel redação do art. 10 da Lei nº 11.445/2007. Aqueles ajustes, firmados em moldes agora desautorizados, continuarão vigendo até o seu termo final, tendo sido estabelecida, inclusive, como instrumento de coerção, a possibilidade de a União deixar de repassar recursos públicos aos Municípios que não observem a regra proibitiva, conforme consta do art. 50 do citado estatuto. Ademais, sob a justificativa de alcançar a universalidade, temos a forte presença de uma política pública de desestatização dos serviços em comento, como revela a priorização, no recebimento de recursos públicos federais para a implementação do plano de saneamento básico, dos Municípios que já tenham aprovado a privatização, conforme dispõe o art. 13, § 3º, da Lei nº 14.026/2020.

Essa nova conjuntura legislativa, *de per se*, apresenta um sério inconveniente em relação à impositiva e improtelável necessidade de universalização do abastecimento de água e do esgotamento sanitário, consubstanciado no prejuízo ao regime do subsídio cruzado. Isso porque o natural intuito lucrativo das concessionárias, empresas privadas que são, certamente, não atrairá a prestação de saneamento básico em áreas nas quais o serviço é deficitário, tais como periferias, pequenos Municípios, povoados, comunidades tradicionais, e a zona rural.

Em razão disso, ganha extrema importância a prestação regionalizada, instituto que, outrora limitado à regulação, planejamento e fiscalização, com a edição do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, não por acaso, recebeu novo tratamento legislativo, de viés econômico-financeiro, passando a ser definido como a modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, nas exatas palavras do art. 3º, VI, da Lei nº 11.445/2007; é, além disso, um princípio fundamental do serviço público em tela, como estampa o inciso XIV do art. 2º do marco legal do setor, e poderá ser estruturada em regiões metropolitanas, unidade

regional de saneamento básico e bloco de referência – os dois últimos institutos são definidos nas alíneas *b* e *c*, do mesmo dispositivo<sup>36</sup>.

Em síntese, a prestação regionalizada, de adesão facultativa, soluciona, em tese, a problemática decursiva da vedação aos contratos de programa, porquanto poderão ser “criados mecanismos de governança em que todos os Municípios, em conjunto, tomam a decisão de ter um subsídio cruzado e uma integração de seus serviços de saneamento” (RESENDE; COHEN; MARCATO, 2020, p. 198). Ainda assim, certo o alerta de Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (2021, p. 181, grifo nosso), a respeito da complexidade política desse arranjo institucional:

Veja-se que outro ponto relevante da regionalização consiste na possibilidade de realização de subsídio cruzado entre os titulares (tarifários ou fiscais) para usuários de baixa renda. A finalidade da lei é meritória, no sentido de que, quanto maior a base de clientes a custear um programa de universalização para baixa renda, em tese menor o peso individual dessa medida.

*Todavia, em regra, seria difícil ao município mais bem estruturado, ou cuja população tenha maiores condições econômicas de custear o serviço por meio de tarifas, sustentar politicamente que ele integrará um conjunto associativo/regionalizado com outro município em situação de maior carência. A opção de aceitar práticas de subsídio cruzado entre populações residentes em diferentes municípios tenderia a não ser bem aceita por aquela que seria a ofertante do subsídio (mais abastada), e não a subsidiada.* A mudança de marco regulatório, assim, caminha no limite em que incentivos são claramente postos à regionalização e ao agrupamento de municipalidades, mas não se impõe que os municípios integrem unidades regionais ou blocos de referência.

Sem dúvidas, o maior desafio da prestação regionalizada reside no desenvolvimento de uma governança interfederativa, isto é, o delineamento do caminho pelo qual será possível se chegar a um consenso entre os entes políticos (VANZELLA; BORGES, 2020, p. 249)<sup>37</sup>. Com efeito, a leitura desse instrumento de cooperação, a partir da retomada do exame do Federalismo Brasileiro, revela que falta ao modelo constitucional, e, por conseguinte, à disciplina legal que o regulamenta, o planejamento da consecução das políticas públicas estampadas no art. 23 da Constituição da República, dentre as quais o saneamento básico. Nesse sentido:

É a falta de uma política nacional coordenada, e não a repartição de competências concorrentes e comuns, que faz com que determinados programas e políticas públicas sejam realizados por mais de uma esfera governamental e outros por nenhuma. Falta de coordenação e cooperação esta que, emblematicamente, revela-se na ausência da lei complementar prevista no parágrafo único do artigo 23 da Constituição, que deve regulamentar as normas para a cooperação entre a União e os entes federados.

---

<sup>36</sup> A unidade regional de saneamento básico, instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constitui-se pelo agrupamento de Municípios, não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; por sua vez, o bloco de referência consiste no agrupamento de Municípios, também não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União, nos termos do § 3º do art. 52 da Lei nº 11.445/2007, e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares.

Com a restauração do federalismo pela Constituição de 1988, as políticas de desenvolvimento regional devem ser elaboradas e implementadas dentro dos marcos do sistema federal, ou seja, com a coordenação e cooperação da União e todos os entes federados. Para tanto, é essencial que evitemos a concepção racionalista e artificial que vê o federalismo apenas como um problema de organização, tendo em vista o objetivo da otimização e da eficiência máxima da atuação estatal. Concepção tecnocrática esta que não leva em consideração os processos históricos da evolução e formação do Estado federal concreto (BERCOVICI, 2004, p. 63).

Em desfavor da normatização desenhada pela Lei nº 14.026/2020, ora explanada, foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.492 e n. 6.536, nas quais aduz-se, dentre outros argumentos, a violação à autonomia municipal, alegação que entendemos não prosperar precipuamente porque não há imposição da adoção da prestação regionalizada do saneamento básico aos entes municipais (SAMPAIO, 2021). Nessa direção, já acenou o Supremo Tribunal Federal, ao indeferir a medida cautelar requerida no bojo da primeira ação de controle constitucional abstrato.

Ao cotejarmos todo o exposto quanto ao modelo federativo brasileiro e as considerações concernentes à conveniência da prestação regionalizada, ante ao fim dos contratos programa, fica clarividente o desarranjo causado ao saneamento básico brasileiro pela ausência de definição da titularidade dos serviços públicos que o compõem. Em trabalho no qual defende a flexibilização do federalismo, apontando, inclusive, dentre outros<sup>38</sup>, os convênios como bons instrumentos para tanto, Thiago Magalhães Pires (2016) destaca a relação entre a imprecisão na distribuição constitucional de competências e a frustrada expectativa de se alcançar um parâmetro normativo que a decifre:

Salvo por uns poucos pontos, em geral compartilhados pelas federações – *e.g.*, a atribuição da defesa nacional à entidade central –, há várias matérias cuja adequada distribuição está longe de ser consensual. Até um serviço trivial como o fornecimento de água gera debates. A polêmica envolve a busca por uma espécie de eldorado político: a forma ideal de repartição de competências. Pretende-se algo como uma lei geral da eficiência e da democracia, capaz de descrever qual das coletividades territoriais teria melhores condições de decidir sobre as questões que colocam na vida de um Estado. A aproximação a essa lei geral seria o critério para medir as chances de êxito de uma federação e identificar os ajustes que se fizessem necessários.

A verdade, porém, é que o esforço para chegar a esse critério parece ser destinado ao fracasso. Arranjos institucionais não surgem de valores abstratos; seu sucesso depende de fatores (geográficos, sociais etc.) que não são determinados pelo direito, embora interajam com ele. Ademais, o peso relativo de cada um desses elementos varia muito com o tempo, sendo comum que a mudança nas relações sociais imponha alterações também no pacto federativo (os constituintes dos EUA não reconheceriam no governo federal de hoje a limitada criatura que inventaram). Não fosse suficiente, é inevitável que as peculiaridades de cada região gerem perfis bastante diversos entre entes da

<sup>38</sup> O autor (PIRES, 2016, p. 134-135) indica, ainda, o redesenho das linhas federativas, a criação de entidades federais intermediárias, a instituição de assimetrias de responsabilidade e competência, a instituição de entidades especializadas, e a formação de organismos interfederativos para a regulação e execução de matérias comuns.

mesma classe – *i.e.*, entre estados e municípios –, dificultando a adoção de regras simétricas mesmo dentro de uma federação (PIRES, 2006, p. 128-135).

Há pela frente, portanto, conforme explanado, um gigantesco desafio interfederativo ao novo modelo, que, acaso superado, facilitará, acreditamos, a premente universalização da prestação dos serviços de água e tratamento de dejetos, realizando, conseqüentemente, um direito humano.

#### **2.4. A titularidade do saneamento básico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – um exame retrospectivo e prospetivo**

Como sublinhado repetidamente nesta pesquisa, a Constituição da República não se ocupou em definir o titular do saneamento básico, o que, como anotamos a partir de exame doutrinário, concorre em desfavor da garantia do direito fundamental de acesso a esses serviços essenciais.

A par da divergência acadêmica sobre o ponto, também já destacada, tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal perfilhou o entendimento segundo o qual a titularidade dos serviços de saneamento básico, ante o interesse local que o permeia, seria dos Municípios. Todavia, do trabalho de pesquisa jurisprudencial, observamos que, num primeiro momento, os paradigmas nos quais restou estampada essa orientação, quando não tratavam do tema apenas de modo subsidiário, examinavam controvérsias menos complexas, solucionadas pela simples aplicação do raciocínio da prevalência de interesse.

Ilustrando essa primeira situação – ou seja, quando a questão da titularidade foi meramente coadjuvante no deslinde assentado pelo STF –, em 24 de junho de 1982, ainda sob a égide da ordem constitucional anterior, encetado no pressuposto de que o saneamento básico é da alçada local, a Corte Constitucional julgou procedente a Representação nº 1.109-7/RJ, declarando inconstitucional dispositivo de lei fluminense, mediante o qual o Estado do Rio de Janeiro poderia reter parcela de receitas municipais decorrentes da arrecadação do antigo Imposto de Circulação de Mercadorias, em função da realização de obras sanitárias nos Municípios, por força da obrigatória repartição tributária constitucional. Da leitura do acórdão, centrado na matéria tributária, percebe-se que, não obstante o modelo federal adotado à época não prestigiasse os entes municipais, já havia a noção segundo a qual os serviços de água e esgotamento sanitário estariam na esfera de interesse local.

Uma década e meia depois, temos o primeiro precedente sobre saneamento básico realmente tocante ao tema da titularidade do serviço, firmado em 18.12.1997, em sede cautelar, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.746, na qual se sustentava a

inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 293 da Constituição Paulista. O dispositivo confere aos Municípios paulistas, em seu *caput*, a prerrogativa de criação e organização dos serviços autônomos de água e esgoto, outrora outorgados à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), sociedade de economia mista estadual instituída em 1974, estabelecendo, no parágrafo único, o prazo de até vinte e cinco anos para o pagamento de indenização, pelos entes municipais, à estatal, em razão do rompimento das concessões.

Da inicial da ação, ajuizada pelo Governador de São Paulo, extrai-se um detalhado histórico sobre a origem da norma atacada: o PLANASA. Com efeito, através do Plano Nacional de Saneamento Básico, já trabalhado na abordagem histórica feita no introito deste estudo, o Governo Federal instituiu linhas de crédito voltadas às ações de saneamento em âmbito estadual, de modo que os Municípios foram estimulados a outorgar a concessão do serviço às estatais estaduais; a ideia era concentrar recursos nos Estados-membros, inclusive com o fomento por meio de linhas de crédito concedidas pelo Banco Nacional de Habitação (BNH) – já extinto. Nesse contexto, entre o final dos anos 1970 e início da década de 1980, foram celebrados contratos de concessão entre a SABESP e 357 municipalidades paulistas, a maioria dessas avenças com longos prazos de vigência. Todavia, em 1989, no cenário do “apagar das luzes” do PLANASA, adveio o sobredito dispositivo da Constituição do Estado de São Paulo impugnado, o qual, em suma, consubstancia a ruptura completa desses vínculos, estabelecendo, ainda por cima, de modo uniforme, um generoso lapso para o ressarcimento da estatal.

A cautelar foi deferida à unanimidade, com efeitos *ex nunc*, sob os fundamentos de inconstitucionalidade formal e ofensa ao princípio da separação dos poderes, porquanto não observada a reserva da matéria à lei ordinária, de iniciativa do Chefe do Executivo. Entretanto, no que importa a esta pesquisa, observamos a expressa remissão à orientação segundo a qual o saneamento é de titularidade municipal, com arrimo no art. 30, V, da Constituição da República, em três votos: do Relator, Ministro Maurício Corrêa, e dos Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio. Em nenhuma deles há a justificação mais detida ou, ao menos, uma referência ao porquê de se encampar essa interpretação, porém o assunto é tratado como uma pedra de toque para o deslinde da controvérsia posta, inclusive com referência a parecer lavrado por Geraldo Ataliba, nessa mesma esteira.

Anote-se que o julgamento de mérito dessa ação foi ultimado em 18 de setembro de 2014, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, declarando-se inconstitucional o dispositivo atacado, pelas mesmas razões da concessão da medida de urgência concedida.

Outro julgado importante envolvendo a titularidade do saneamento básico, também em sede de cautelar, deu-se quase três anos depois, em 22.03.2000. O Governador do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.095, alegando, em síntese, ser inconstitucional a atribuição da atividade regulatória em saneamento, constante do art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 10.931/1997, à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), ao argumento de que, sendo municipal a titularidade do serviço, haveria ofensa ao art. 35 da Constituição da República, o qual estampa as hipóteses de intervenção estadual nos Municípios.

Dessa vez, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencidos os Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence (os quais divergiam entre si quanto ao alcance da suspensão da norma por eles defendida), indeferiu a medida cautelar, por não vislumbrar, no caso, o necessário *fumus boni juris*, uma vez que, em síntese, a Autarquia Reguladora gaúcha não atuaria em políticas decisórias ou planejamento em matéria de saneamento, mas, tão somente, como intermediadora em eventuais conflitos instaurados entre os usuários, concessionários e concedentes. Mais uma vez, expressamente em pelos menos dois votos – do Relator, Ministro Octavio Gallotti, e do Ministro Nelson Jobim, partiu-se, sem profundas explicações, da premissa da titularidade municipal do saneamento básico. Inclusive, chama atenção ao fato de que, em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence registra a importância da temática, sem, no entanto, esquadrihá-la.

O mérito da ação, novamente, demorou alguns anos para ser julgado. Apenas em 11.10.2019, tendo como Relatora a Ministra Cármen Lúcia, a Corte julgou improcedente a ação, sob idênticos fundamentos pelos quais indeferida a cautelar.

Até aqui, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal não tinha enfrentado uma celeuma realmente complexa, onde necessário o enfrentamento direto da questão ora trabalhada, a partir do exame do modelo federativo e a distribuição constitucional de competências. Esse panorama mudou com o julgamento, em 06.03.2013, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842, controversia na qual, em suma, a titularidade do saneamento básico foi apreciada no cenário das regiões metropolitanas.

No caso, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) suscitou a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, além da Lei Estadual nº 2.869/1997 e do Decreto nº 24.631/1998, mediante os quais foram criadas a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos, transferindo ao ente estadual o poder concedente relativo a serviços públicos metropolitanos dos quais não é titular. À época, o Estado do Rio de Janeiro

já encaminhava a privatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Estado do Rio de Janeiro (CEDAE), fato que acendeu a importância desse julgamento.

Assentou-se, por maioria, o entendimento segundo o qual a titularidade desses serviços é compartilhada entre os entes federativos componentes da região metropolitana, dispondo todos eles de poder decisório, a ser exercido por Conselho Deliberativo, de formação não necessariamente paritária – por ausência de expressa previsão constitucional nesse sentido –, refutando-se, no entanto, a concentração dessa prerrogativa em um único ente. Firmou-se, ademais, a possibilidade de integração dos entes municipais, voluntariamente, por meio de gestão associada, consubstanciada em convênios de cooperação e consórcios públicos.

Da leitura do extenso acórdão e dos votos que o acompanham, nota-se que, para chegar à conclusão da inconstitucionalidade da transferência aos Estados-membros do poder concedente de serviços públicos de interesse comum, os Ministros se debruçaram sobre a análise dos arranjos interfederativos, da disciplina constitucional das aglomerações urbanas, e até mesmo da dificuldade da prestação dos serviços inerentes ao saneamento básico em sede municipal, à vista da custosa estrutura por ela demandada.

Porém, da tese firmada no sentido de que a titularidade e o poder decisório, nesses casos, seriam compartilhados entre Estados e Municípios, sobressai um aspecto merecedor de maior aprofundamento pelo Supremo Tribunal Federal: a conciliação entre a autonomia municipal e forma pela qual são criadas as regiões metropolitanas, consoante a Constituição da República. Explicando melhor, é certo que a Corte Constitucional, arrimado na premissa da autonomia municipal, afastou-se definitivamente da ideia doutrinária no sentido de que, a partir da criação da região metropolitana, o saneamento básico passaria, de pronto, à titularidade do Estado-membro; todavia, não foi definido como tal pressuposto estaria harmonizado com a compulsória inclusão dos Municípios nessas estruturas administrativas, conforme exclusivo interesse estampado em lei complementar estadual, nos moldes do art. 25, § 3º, da Constituição da República.

Tal aspecto foi, é verdade, expressamente considerado pela Corte Constitucional no julgamento da ADI nº 1.842, porém, apenas de forma rasa e considerando, de forma cômoda, a orientação cediça pela qual a participação dos Municípios nesses arranjos metropolitanos seriam compulsória, sujeita, portanto, unicamente à vontade dos Estados-membros. Isso se depreende do voto do próprio Redator para acórdão, Ministro Gilmar Mendes, no qual consta que interesse comum acerca dos serviços e funções públicas nas regiões metropolitanas estaria

presente não somente na esfera municipal, mas, também no âmbito estadual<sup>39</sup>, sem, contudo, desafiar essa conclusão perante a autonomia dos Municípios, extraída do art. 30 da Constituição da República.

Com efeito, é certo que as normas decorrentes do exercício do poder constituinte originário, como são os arts. 29 e seguintes da Constituição da República, dos quais se extrai a autonomia municipal, podem ser derogadas ou excepcionadas por outras de igual hierarquia e origem, tal qual o art. 25, § 3º, autorizador da criação das regiões metropolitanas – é dizer, “é a própria Constituição que, ao mesmo tempo, afirma e limita a autonomia municipal” (TÁCITO, 2002, p. 03). Ainda assim, nos moldes da decisão do Supremo Tribunal Federal ora comentada, estranha-se que o compartilhamento de poderes pelos Municípios componentes das regiões metropolitanas se dê por força de lei complementar estadual, isto é, de acordo, exclusivamente, com a vontade dos Estados-membros.

A integração compulsória desses entes não pode ser encarada como uma espécie de delegação de prerrogativas, ainda que parcial, ao Estado-membro – como nos parece apontar a decisão do STF –, decidida unicamente por ele, como já dito e repisado, por meio de lei complementar. Assim, é imprescindível a definição dos limites do poder estadual sobre esses arranjos, a fim de preservar plenamente a autonomia municipal, dentro da moldura desenhada pelo Conselho Deliberativo formado pelo Estado-membro e Municípios, com arrimo exclusivamente no interesse público comum (MARTINS, 2020, p. 175). Não basta, portanto, falar que todos os entes detêm poder decisório.

Observar os limites de ingerência administrativa de cada ente e, ao mesmo tempo, congrega os esforços de cada um dos núcleos de poder estatal, na esteira da real cooperação federativa, precipuamente na hipótese de instituição de regiões metropolitanas – caso ora esquadrihado –, é fundamental para manter a higidez do Estado Democrático; daí a necessidade de se coibir comportamentos balizados por nortes meramente políticos, como vêm sendo observados na prestação regionalizada do serviço de saneamento básico; nessa direção:

[...] a adoção do modelo federal importa a aceitação do pluralismo como fundamento da ordem estatal. Através dele, abre-se o processo político à participação das diversas forças sociais, intermediando a relação indivíduo-Estado, e fortalecendo-a, portanto, no seu aspecto democrático. Por isso, Loewenstein chama o federalismo de pluralismo territorial, bem como Radbruch se refere a ele como democracia descentralizada. Assim, o federalismo, como descentralização política, implica a promoção da autogestão ao mesmo tempo em que amplia o controle popular sobre o Poder Público. Por um lado, ele revela a unidade entre as partes autônomas como elemento essencial

---

<sup>39</sup> BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. ADI 1842, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Redator(a) para o acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgado em 06/03/2013, publicado em 16/09/2013, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241775/false>. Acesso em julho de 2021.



à sua constituição; por outro, já nasce comprometido com o pluralismo, porque reconhece as diferenças regionais e se propõe a respeitá-las, nelas fundando a sua própria existência. Nesse sentido, compreender o federalismo como obra democrática é enxergar, na autonomia local e na unidade nacional, centros de participação e controle popular (PIRES, 2006, p. 103-104).

Percebe-se, portanto, que mesmo com a existência com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.842, precedente obrigatório e onipresente nos diversos debates em torno dos serviços de água e esgoto, e positivado, em certa maneira, na nova redação da Lei nº 11.445/2007, ainda resta, como explanado, ao menos, uma ponta solta, qual seja, o conflito entre a autonomia municipal e a compulsoriedade na integração das regiões metropolitanas.

Em verdade, diante desse impasse, surgem obstáculos à universalização do saneamento básico, a exemplo, além da própria total ausência de prestação adequada do serviço, da confusa e perniciosa sobreposição de regimes regulatórios – contextura melhor trabalhada no capítulo seguinte deste estudo –, revelando que não há, como historicamente nunca houve, uma genuína busca pela consecução desse direito fundamental, mas, sim, seu manejo, enquanto mera promessa, com fins políticos e ideológicos pouco republicanos.

Nessa senda de ideias, Melina Fachin e Vera Karam de Chueiri (2017):

[...] evidencia-se que recusar a realização do projeto constitucional social atende a padrões ideológicos e não normativos. Essa evidência torna-se ainda mais importante na conjuntura atual em que está em cheque a função das instâncias jurídicas em relação às desigualdades. As muitas desigualdades refletem cenários de injustiças que interagem dinamicamente.

[...] Do mesmo modo que as desigualdades e injustiças são processos acesos, o programa constitucional também não é estático e reflete as tensões que vivificam e ressignificam os sentidos da Constituição. Os caminhos da democracia, da federação e da tripartição de poderes podem se comprometer, dentro da narrativa constitucional, com outros andamentos que recomprometam o caminho da democracia social.

A Corte Constitucional tem em mãos uma nova (e excelente) chance de firmar um deslinde mais amarrado para tal impasse, no vindouro julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.573 e nº 6.911, e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 863, todas ajuizadas em face da Lei Complementar Estadual nº 50/2019, mediante a qual o Estado de Alagoas reorganizou a Região Metropolitana de Maceió.

Em suma, aponta-se a inconstitucionalidade dessa norma em razão do desequilíbrio federativo decorrente da concentração de poderes na órbita estadual, uma vez que o Estado de Alagoas detém, sozinho, 55% (cinquenta e cinco por cento) dos votos da Assembleia Metropolitana, sendo os demais divididos entre treze Municípios (dentre os quais, a capital

Maceió, que concentra mais de 70% da população da região) e entidades da sociedade civil<sup>40</sup>. Notadamente em relação à ADPF, questiona-se, ainda, a previsão estampada em resoluções aprovadas pelo mencionado colegiado, segundo as quais os bilionários valores arrecadados com a concessão desses serviços públicos à empresa BRK Ambiental S/A serão repassados integralmente ao Estado de Alagoas, e empregados não somente em ações de saneamento básico, conforme também determinam os atos normativos impugnados<sup>41</sup>.

Espera-se que, nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal avance com maior profundidade no tema, revisitando sua jurisprudência no que toca à integração municipal compulsória em regiões metropolitanas – entendimento, conforme anotado anteriormente, já bastante antigo, o qual não precisa ser necessariamente superado, mas melhor justificado no contexto da orientação assentada da ADI n. 1.842 –, e quanto aos limites do compartilhamento de poder decisório sobre os serviços de saneamento básico entre Estados e Municípios, de modo a mitigar os efeitos dos interesses meramente políticos e econômicos sobre a prestação dos serviços e água e esgotamento sanitário, contribuindo para o efetivo cumprimento da meta de universalização desse direito fundamental, e, ao fim e ao cabo, com a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>40</sup> Petições iniciais disponíveis em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adi-6573-inicial.pdf>>. Acesso em 2021. e <<https://www.conjur.com.br/dl/adi-6911-inicial.pdf>>. Acesso em julho de 2021.

<sup>41</sup> Petição inicial disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-863-inicial.pdf>. Acesso em julho de 2021.

### **3. A REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DO FEDERALISMO: a nova roupagem da ANA e as normas de referência diante do Pacto Federativo**

Num rápido delineamento histórico, tem-se que a atividade regulatória nem sempre gozou de autonomia e protagonismo jurídico; inicialmente, foram prestigiados outros mecanismos de intervenção na economia, todos eles, em síntese, circunscritos ao conceito de poder de polícia, o qual, ao lado dos serviços públicos, correspondia ao conceito de atividade estatal então predominante. Havia, decerto, atuação empresarial estatal no âmbito privado, no entanto, sem nenhum propósito de direcionar o mercado, “mas sim com vistas a neles ingressar devido aos mais variados motivos (ausência de interesse da iniciativa privada, projetos de integração nacional, consolidação do poder político-econômico, etc)” (MOREIRA, 2014, p. 108). A ideia dominante era que o Estado, de forma contundente e, em certo grau, autoritária, restringisse e condicionasse os agentes econômicos em nome da supremacia do interesse público.

Como explica Gustavo Binenbojm (2020, p. 168):

A atuação do Estado no domínio econômico, por meio da noção clássica de poder de polícia, fundava-se na crença da onipotência estatal, isto é, da aptidão de estruturas prescritivas rígidas – próprias da relação de sujeição – para ordenar as atividades privadas consoante o interesse público. Assim, definidas as competências e as regras de conduta exigíveis dos administrados – por normas de controle e comando –, o poder de polícia daria conta de conformar o comportamento dos agentes econômicos às razões do Estado, mediante o uso da força, se necessário.

A partir da ascensão do Estado Providência, com a eclosão de vários direitos sociais, econômicos e culturais, iniciou-se a construção da noção de uma atividade regulatória desgarrada do poder de polícia, embora tais institutos tenham permanecido, até hoje, coincidentes em alguns pontos. Deparando-se com o dever de intervenção social, o Estado foi ganhando volume e assumindo o papel de prestador de serviços e agente empresarial, panorama que resultou na derrocada das contas fazendárias, e, por conseguinte, na ineficiência na realização das demandas socioeconômicas, com a não consecução das garantias constitucionais fundamentais. Buscou-se, então, superar tal cenário adverso com a “implementação de reformas institucionais, que envolvem, em regra, processos de desestatização e privatização, seguidos da emergência de novas formas de governança econômica, dentre as quais a implantação de agências reguladoras independentes” (BINENBOJM, 2020, p. 168), às quais caberia, precipuamente, a missão de assegurar a eficiência desse novo modelo.

No Brasil, como parte da política de substituição do protagonismo estatal em determinados setores econômicos, harmonizando “a opção constitucional pelo Estado regulador

com as premissas sociais democráticas da República Federativa do Brasil” (LIMA, 2013, p. 17-18), esse processo envolveu a criação formal, notadamente na década de 1990, sob o regime autárquico, das Agências Reguladoras, não obstante o papel atribuído a elas já fosse, em alguma medida, desempenhado por algumas entidades administrativas não qualificadas como tal<sup>42</sup>. Em suma, deixando o Estado Brasileiro de ser o executor de determinados serviços, tornou-se inevitável a regulação e fiscalização dos particulares que assumem esse papel, optando-se, para tanto, pela descentralização administrativa, mediante a estruturação dessas entidades<sup>43</sup>.

Nesse contexto, a gestão dos recursos hídricos brasileiros foi atribuída, nos termos da Lei nº 9.984/2000, à Agência Nacional de Águas – ANA, cuja atuação deveria se dar em consonância com os preceitos da Política Nacional de Recursos Hídricos, estampados na Lei nº 9.433/1997. Essa competência administrativa permaneceu praticamente inalterada até a edição da Lei nº 14.026/2020, com a qual a ANA ganhou nova fisionomia legislativa, passando a ser denominada de Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, cabendo a ela editar *normas de referência* nacionais para a regulação desse serviço público.

No ponto, reside uma das maiores polêmicas em torno do atual texto da Lei nº 11.445/2007: a possível ofensa ao pacto federativo, visto que, agora, uma entidade autárquica federal detém poder normativo sobre a atividade regulatória em saneamento básico no Brasil, o qual, como visto, é titularizado, segundo o próprio estatuto legal, pelos Municípios e Estados.

Antes de esquadrihar tal controvérsia, convém anotar que a regulação do saneamento básico, mesmo antes da reforma na Lei nº 11.445/2007, promovida em 2020, cinge-se, em

---

<sup>42</sup> Segundo Marçal Justen Filho, determinadas características regulatórias próprias das agências, anteriormente a sua criação, já podiam ser verificadas no desempenho das funções, por exemplo, dos Tribunais de Contas, do Conselho de Contribuintes da União, do Banco Central do Brasil, do Conselho de Administração de Defesa Econômica, da Comissão de Valores Mobiliários, das Juntas Comerciais, bem como do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (JUSTEN FILHO, 2002, p. 329-338).

<sup>43</sup> Anote-se o surgimento de embates na doutrina brasileira sobre a higidez constitucional do poder normatizador das Agências Reguladoras, discussão que não enfrentaremos por fugir ao escopo do presente trabalho – nesta pesquisa, encamparemos o entendimento segundo o qual a produção normativa pelas agências reguladoras não implica, verdadeiramente, numa delegação da função legislativa, mas, em verdade, corresponde à *aplicação da técnica da deslegalização, consistente no rebaixamento da atribuição disciplinar de determinada matéria, antes reservada à lei, aos atos administrativos*, na linha das lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 122, *apud* OLIVEIRA, 2015, p. 151-152), que, arrimado na doutrina do professor espanhol Eduardo García Enterría, explicava ser a delegação legislativa *lato sensu* classificável em três modalidades: a delegação receptícia, a delegação remissiva, e a deslegalização. Pela primeira classificação, delega-se a função legislativa ao Chefe do Executivo para que, nos limites determinados, edite leis propriamente ditas, a exemplo das leis delegadas, espécie normativa disciplinada nos arts. 59, IV, e 68 da Constituição da República; na delegação remissiva, a seu turno, o Poder Executivo emitirá atos normativos para regulamentar a aplicação das leis, porém, sem o mesmo status, como se dá no caso dos decretos executivos, previstos no art. 84, IV, da Carta Constitucional; por fim, na hipótese de deslegalização, ora tratada, a lei outorga à Administração Pública a atribuição de reger determinados temas, dentro dos moldes determinados legalmente, a exemplo das normas editadas pelas Universidades, com amparo no princípio da autonomia universitária, disposto no art. 207, *caput*, da Constituição da República – é nessa última categoria, precisamente, que entram os atos normativos expedidos pelas Agências Reguladoras.

suma, à edição das normas atinentes “às dimensões técnica, econômica e social da prestação dos serviços públicos” (art. 23), acesso e publicidade das informações (arts. 25, 26 e 27), disciplina tarifária (arts. 23, IV, 37 e 38), bem como ao controle contratual (art. 11), ponto em relação ao qual, inclusive, a lei condiciona a validade das avenças celebradas para a prestação desses serviços públicos à normatização regulatória e designação de entidade de regulação.

Aliás, o emprego da expressão “regulação”, nesse contexto, não passou indene a críticas; *in verbis*:

[...] “regulação”, tal como prevista no artigo 174 da Constituição Federal, é a competência administrativa reservada ao Poder Público para dispor sobre os limites de atuação da atividade econômica em sentido estrito, assim entendida aquela desempenhada em regime de livre iniciativa.

Regulação, portanto, incide sobre atividade econômica. Os serviços públicos, por sua vez, são aqueles cuja titularidade é do Poder Público. Apenas sua prestação pode ser delegada, em caráter transitório, ao particular, usualmente em regime de concessão, aqui entendido, para efeitos desta breve análise, como os regimes previstos pelas Leis Federais n.s 8.987/95 (concessão comum) e 11.079/04 (concessão administrativa e patrocinada, ambas qualificadas como parcerias público-privadas).

Sendo serviço de titularidade do Estado, não há que se falar em regulação em sentido estrito, pois o próprio Poder Público é quem define as condições técnicas e econômicas de sua prestação, já que a finalidade precípua do serviço público, que coincide com seu requisito objetivo, é prover comodidades ou utilidades materiais essenciais para a própria existência do tecido social.

[...] *Por essas razões, entende-se que, ao empregar o termo “regulação”, a Lei da Política Nacional para o Saneamento Básico o fez de maneira atécnica e imperfeita, pois pretendia exigir que o Poder Público simplesmente estabelecesse um mecanismo de efetiva fiscalização contratual para os casos específicos em que a prestação seja delegada em regime contratual* (DAL POZZO, BARIANI JR., FACCHINATTO, 2017, p. 994-995, grifo nosso).

A opção terminológica fica ainda mais questionável quando analisado o conceito de regulação trazido no art. 2º, II, do Decreto Executivo nº 7.210/2010, o qual, nos termos do art. 84, IV, da Constituição da República, regulamenta a Lei nº 11.445/2007; segundo tal norma, regulação seria “todo e qualquer ato que discipline e organize determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos”. Curiosamente, esse decreto ainda aparta da definição de regulação a atividade fiscalizatória, cuja definição, conforme o inciso III do mesmo art. 2º, corresponderia às “atividades de acompanhamento, monitoramento, controle ou avaliação, no sentido de garantir o cumprimento de normas e regulamentos editados pelo poder público e a utilização, efetiva ou potencial, do serviço público”, o que, ao fim e ao cabo, parece-nos equivaler à própria atividade regulatória estampada na citada lei.

Independente dessa controvérsia léxica, o certo é que *o legislador impôs, tanto no anterior quanto no atual regime, expressamente, a necessidade da designação de uma entidade regulatória para o serviço de saneamento básico.*

Na redação anterior dos seus arts. 21 e 23, a Lei nº 11.445/2007, sem eleger categoricamente uma entidade administrativa para desempenhar essa função, apenas exigia que a regulação atendesse a determinados princípios, como independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, e tecnicidade – o que, aliás, já denotava o alinhamento ao regime jurídico das autarquias –, e previa determinadas balizas para sua normatização, tais como a padronização qualitativa e a expansão da prestação dos serviços, regime tarifário, monitoramento de custos e mecanismos de informação, auditoria e certificação. As entidades reguladoras, portanto, gozam de poderes normativos amplos, observada tal parametrização legal.

A Lei nº 14.026/2020 manteve, em linhas gerais, o núcleo da função regulatória em saneamento, com seus princípios regentes e referências normativas, optando por atribuí-la, contudo, taxativamente, às entidades autárquicas, que podem integrar a estrutura administrativa do próprio Município ou, nas regiões administrativas, do próprio Estado, de Estado-membro diverso daquele onde prestado o serviço, nos termos do § 1º-A do art. 23 da Lei nº 11.445/2007, ou, ainda, decorrer de consórcio público, conforme se depreende do art. 8º, § 1º, I, do mesmo estatuto.

Outrossim, o Novo Marco do Saneamento Básico – que alterou outros cinco diplomas legislativos além da Lei nº 11.445/2007, dentre os quais a Lei nº 9.984/2000, estatuto instituidor da ANA –, sob o fundamento de uniformização da disciplina regulatória do setor, conferiu a essa agência reguladora, de forma inédita, a atribuição de instituir “normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico” (art. 1º), que se referem, substancialmente, à definição de padrões de qualidade e eficiência, de regulação tarifária, padronização de instrumentos negociais, metas de universalização e respectiva avaliação de cumprimento, critérios de contabilidade regulatória, redução progressiva e controle da perda de água, metodologia de cálculo de indenizações devidas a investidores, governança das entidades reguladoras, tratamento de efluentes e tutela ambiental, e sustentabilidade econômico-financeira do serviço (art. 4º-A, § 1º).

Houve, portanto, um *claro decotamento ao poder normativo das agências reguladoras subnacionais*, uma vez que, além dos parâmetros legais já previstos no antigo regime, devem, agora, alinhar-se à normatização da ANA, entidade da Administração Pública Indireta da União.

Desse ponto, brotam, então, especificamente no que toca à moldura regulatória, alguns questionamentos quanto à (in)observância do Pacto Federativo pela Lei nº 14.026/2020: o que seriam essas normas de referência, qual sua força cogente, se desbordam dos limites da jurisdição – precipuamente considerando que os Estados e os Municípios são, consoante estabeleceu o próprio legislador, os verdadeiros titulares do serviço público de saneamento básico –, e, sobretudo, se há quebra da autonomia desses entes federados.

Conforme defende Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas<sup>44</sup> (2020), haveria gritante ofensa ao Federalismo pelo sufocamento, mediante normas impostas por entidade autárquica federal e condicionamento do acesso a recursos financeiros, da atuação dos entes subnacionais em serviço público que, sem dúvidas, não é de titularidade da União – segundo ele, algumas questões não poderiam ser tratadas por ente diverso do titular do saneamento básico, tais como a forma de prestação, a responsabilidade pela fiscalização, os critérios licitatórios, e a estrutura tarifária:

Não sendo a União a titular dos serviços de saneamento e não sendo tais normas meras diretrizes impostas por lei (como, ao menos em parte, é o caso da própria LSB) e sim normas detalhadas que tendem a esgotar toda a matéria, a União não pode atribuir a uma de suas agências reguladoras que imponha normas diretamente vinculantes aos entes públicos titulares.

Mas o NMLSB criou (na verdade aperfeiçoou) um mecanismo que ainda será objeto de estudos de alta teoria do direito. Trata-se da “força pecuniária vinculante”, ou, em português castiço, “eu pago, você me obedece”. Com efeito, a leitura do novo artigo 4º-B da Lei da ANA combinada com o artigo 50, III da LSB alterado pelo NMLSB [...], deixa claro o seguinte: quem não seguir as normas de referência em questão não poderá receber recursos da União [...].

Importante registrar que a ANA, além das atribuições normativas recebe outras atribuições típicas de agências reguladoras, já que a ela caberá (§ 5º do art. 4º-A da nova redação da LSB) disponibilizar “em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico”. Por quanto tempo essa atribuição restará facultativa não sabemos.

Voltando à atividade “normativa”, o NMLSB afirma que no seu exercício a ANA “zelará pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços”. Ora, uniformidade regulatória, ou, no caso, uniformidade normativa é a antítese do federalismo (MASCARENHAS, 2020, s/p).

Da interpretação conjunta do art. 1º da Lei nº 9.984/2000, e dos arts. 23 e 25-A da Lei nº 11.445/2020, no entanto, extraímos que as normas de referência são meros *vetores para a edição das normas regulatórias do serviço de saneamento básico, pelos titulares e suas respectivas entidades reguladoras*. Possuem, inclusive, menor densidade normativa e cogência que as balizas já há muito fixadas legalmente para a edição de regulamentos pelas agências

---

<sup>44</sup> A orientação esposada pelo autor está, a propósito, bem sintetizada no terrificante título do trabalho em que a defende: “*A ANA e a Federação por Água Abaixo*”, publicado em 31.08.2020.

subnacionais, porquanto não são de observância obrigatória, ao menos em tese. Revela-se, aqui, na verdade, mais uma imprecisão terminológica do legislador, uma vez que essas “normas” de referência não correspondem, verdadeiramente, ao exercício da competência normativa da União.

Sobre o ponto, destacamos as pertinentes observações de Rodrigo Pagani de Souza (2021, p. 90-91):

A expressão “normas de referência” é uma terminologia propensa a confusões. Não são normas – embora se lhes tenha emprestado esse nome tão significativo, tão sagrado, para o Estado de Direito –, são proposições de futuras normas. São referências sem valor normativo, propostas pela agência federal para que os diretamente responsáveis por regular o saneamento básico (sejam Estados, sejam Municípios), aí sim, possam escolher entre adotá-las ou não [...].

A escolha foi infeliz, penso respeitosamente. O uso contínuo da expressão “normas de referência” vai fazer com que nos acostumemos com a (falsa) premissa, o erro de partida, de que a Constituição Federal teria confiado à União (e esta, pela Lei 14.026/2020, delegado à ANA) uma competência regulatória na matéria. Goste-se ou não, não foi isso que fez a Constituição [...].

Melhor seria a adoção de expressões que simplesmente indicassem o assunto pelo que ele é – proposições, referências, guias de boas práticas, diretrizes, orientações, jamais normas.

Avançando no debate, a autonomia federativa deve estar afinada com a soberania do desenho constitucional, e, como já destacado, nos termos do art. 21, XX, da Constituição da República, cabe à União fixar as *diretrizes* para o saneamento básico – é certo que o constituinte, no ponto, inseriu o saneamento no contexto do desenvolvimento urbano, mas as diretrizes a serem fixadas pela União abrangerão, igualmente, as zonas rurais, porquanto, ao receberem a infraestrutura atinente aos serviços sanitários, estarão, na prática, sofrendo um processo de urbanização, ainda que não percam, de já, sua natureza rurícola.

De acordo com André Luiz Freire (2020), as “diretrizes” indicadas no texto do mencionado dispositivo constitucional, não obstante as controvérsias que pairam sobre a sua real definição e alcance – muito em razão de ser um conceito vago –, devem se restringir à “assuntos que demandem uniformidade em todas as esferas federativas, a fim de evitar conflitos de competências constitucionais”, sem vilipêndio à autonomia dos demais entes federativos. Decerto, é possível afirmar, sem receio, que esse papel não equivale a uma atribuição legislativa propriamente dita, porquanto inserido dentre as competências materiais exclusivas da União; as “diretrizes” não se confundem, assim, com as “normas gerais” estampadas no art. 24, § 1º, da Constituição da República, cuja edição também é atribuída à União, as quais se referem à competência legislativa concorrente.

Assim, a elaboração de normas de referência pela ANA, longe de consubstanciar malferimento ao modelo federativo brasileiro, atende ao comando constitucional acima



anotado, *pormenorizando e direcionando a atuação normativa dos entes federativos titulares desses serviços e das respectivas agências subnacionais*, o que, conquanto possa ensejar eventuais críticas ao viés centralizador desse movimento, é, ao fim e ao cabo, extremamente conveniente à melhoria da prestação desse serviço, além de garantir a plena harmonia entre os entes federados, e, por conseguinte, a sua própria autonomia.

Isso porque os seus titulares poderão, nos moldes da Lei nº 11.445/2007, seguir quatro diferentes caminhos para o exercício da atividade regulatória: (i) descentralização por delegação a uma agência reguladora do próprio Estado-membro, opção viável quando há prestação regional do serviço; (ii) descentralização por delegação à agência reguladora de Estado-membro diverso, quando não exista tal entidade na unidade federativa delegante, preferindo-se sempre aquelas mais próximas do local da prestação, exigida a anuência da agência delegatária, conforme o art. 23, § 1º-A, da Lei nº 11.445/2007; (iii) descentralização por delegação a agências reguladoras locais, solução econômica e estruturalmente inviável para a maioria dos Municípios brasileiros; ou, (iv) em consonância com o art. 8º, § 1º, I, do mesmo diploma, a formação de consórcios públicos e a criação de autarquia intermunicipal para regulação dos serviços.

Esse cenário cria, de pronto, um ambiente de desagregação e assimetria regulatória, tornando o investimento no setor por agentes privados – um dos propósitos da alteração legislativa de 2020 – mais custoso e menos atrativo, o que é potencializado pela ampla dimensão geográfica do Brasil. As normas de referência da ANA, entidade de abrangência nacional, mesmo diante da opção do legislador ordinário em facultar a adesão a elas (faculdade mitigada, é certo, pelos mecanismos de incentivo à adesão, previstos pela Lei nº 14.026/2020), servem para colmatar essa fragmentação na prestação dos serviços de saneamento básico, quadro denominado por Thiago Marrara (2021, p. 65-66, grifo nosso) de “mosaico regulatório”:

*Independente das vantagens e desvantagens dos quatro modelos concebíveis, fato é que a estrutura geral da regulação dos serviços públicos de saneamento sob a titularidade municipal – em regra, isolada e, nas unidades regionais, compartilhada com o Estado – levou a um cenário de multiplicação de entes e órgãos reguladores e, por consequência, a uma fragmentação e a uma diversidade muito evidente de estilos, estratégias, processos e ambientes de regulação. Em outras palavras, o contexto atual se caracteriza por alta assimetria procedimental, material e organizacional, bem como por custos significativos de transação, já que os agentes econômicos interessados em transitar por diferentes Municípios terão que realizar investimentos significativos para compreender e dominar tecnicamente o arcabouço regulatório aplicável ao mesmo serviço nas diferentes localidades. Não raro, como consequência desses fatores, também aumenta a insegurança jurídica, aqui entendida como baixa previsibilidade de como o Estado agirá em cada situação.*

*[...] A ideia central por trás da Lei 14.026/2020 ao criar o instituto das normas de referência não é exatamente a de fazer que a ANA substitua as agências locais e estaduais já operantes e as que venham a ser instituídas, mas sim a de edificar um*

*mosaico regulatório, ou seja, um bloco de peças diferentes, mas alinhados sob um lógica única, nacional.* As normas de referência da ANA, a seguir examinadas, deverão cumprir essa função. Sem extinguir o poder regulatório local, procurarão, por meio de *soft law*, estimular os reguladores e se aproximarem num sistema nacional mais harmônico, tornando a regulação mais previsível e semelhante, ainda que permaneça fragmentada nas mãos de agências locais e estaduais.

Assim, a princípio, a função das normas de referência é oportuna ao escopo da alteração legislativa, qual seja, a realização da universalização do serviço e a atração de investimentos privados, já que fomenta sua expansão a localidades nas quais, sem condições regulatórias uniformes, não seria economicamente compensatória a atuação das empresas concessionárias de saneamento básico. Cria-se, enfim, uma conexão entre os possíveis diversos regimes regulatórios, conclusão que também vai ao encontro da previsão do art. 21, IX, da Constituição da República, segundo a qual compete à União a elaboração e execução dos planos nacionais e regionais de ordenação territorial e de desenvolvimento econômico e social, revelando o afinamento dessa política pública com os moldes constitucionais.

Nessa linha, Marta Arretche (2010) defende que a supervisão e regulação federal em determinados serviços públicos, como aqueles relacionados às políticas de infraestrutura urbana – caso do saneamento básico –, paralelamente à autonomia dos entes menores, colabora com a congregação entre eles em favor de objetivos nacionais:

Caso nossas instituições federativas produzissem, de fato, um mundo tieboutiano, em que cada jurisdição tem uma estratégia dominante de competição com as demais, derivada de sua plena autonomia tributária e sobre políticas públicas, o resultado esperado seria uma “corrida para baixo” no gasto social. Cada jurisdição procuraria se livrar dos pobres, para investir em infraestrutura e atrair contribuintes ricos e firmas.

*Diferente disto, os resultados expostos indicam prioridade no gasto em saúde e em educação, que beneficiam predominantemente os mais pobres, bem como grande desigualdade na prioridade às políticas de infraestrutura urbana. O mecanismo explicativo deste comportamento padrão é o papel de regulamentação e de supervisão desempenhado pela União. [...] O padrão de gasto dos governos locais – isto é, alta prioridade e baixa desigualdade nas políticas reguladas acompanhado de baixa prioridade e elevada desigualdade nas políticas não reguladas – demonstra claramente o impacto da regulação federal sobre as decisões dos governos locais.*

Contudo, este não é necessariamente um jogo de soma zero, pois cada nível de governo desempenha distintos papéis. Enquanto a União compromete os governos locais com certas políticas, por meio de suas funções regulatórias – evitando assim uma corrida para baixo no gasto em saúde e educação –, os governos locais detêm autoridade sobre a execução das políticas. Além disto, sua autonomia política lhes permite a possibilidade da discordância. Como resultado, mesmo na presença da regulação federal, ainda há espaço para decisões por parte dos governos locais, derivadas quer de sua autonomia política quer de sua autoridade sobre a execução de políticas.

Assim, em vez de um jogo de soma zero, a combinação de regulação federal com a possibilidade de discordância por parte das unidades constituintes implica uma limitação ao pleno exercício da discordância. Isto é, a extensão da discordância tende a ser estrangida pela regulação federal, ao passo que a possibilidade de discordância explica as diferenças entre as jurisdições. *A regulação federal opera no sentido da uniformidade, ao passo que a autonomia local opera no sentido da variação. Nestas*

*condições, isto é, na presença simultânea de regulação federal e autonomia local, a desigualdade entre jurisdições tende a ser delimitada, tende a variar no interior de certos intervalos. Na presença das duas condições, a desigualdade territorial tende a ser limitada (ARRETCHE, 2010, p.609-612).*

É preciso destacar do explanado, contudo, dentre as normas de referência a serem editadas pela ANA nos termos da nova redação da Lei nº 11.445/2007, aquelas atinentes ao alinhamento da disciplina dos contratos administrativos a serem firmados pelos titulares dos serviços de saneamento básico, constantes do art. 4º-A, § 1º, incisos II, VII, e X, da Lei nº 9.984/2000 – respectivamente, a padronização dos instrumentos negociais firmados entre o titular e o delegatário, a metodologia de cálculo das indenizações devidas em razão de investimentos não amortizados ou depreciados, e a definição de parâmetros para determinação da caducidade.

Quanto a elas, observa-se que o legislador concedeu poderes à agência reguladora federal para traçar, basicamente, o desenho contratual a ser seguido pelos entes subnacionais. Aqui, frise-se, especificamente nesse ponto, identificamos uma competência não relacionada às “diretrizes”, nos termos do art. 21, XX, da Constituição da República, mas, sim, mais próxima à disposição estampada no art. 22, XXVII, pela qual a União detém a competência, agora, legislativa privativa, atinente às normas gerais em matéria de licitação e contratos.

Da mesma forma verificada em relação ao alcance da previsão do art. 21, XX, existe aqui dificuldade em se definir quais pontos estariam, à vista dessa determinação constitucional, no âmbito de uma normatização geral, sendo comum encontrarmos as seguintes balizas na doutrina: “(i) estabelecem diretrizes gerais, não podendo entrar em detalhes nem, muito menos, esgotar a competência legislativa dos demais entes federados; (ii) revelam índole nacional e fixam diretrizes com vistas a uniformizar sua aplicação a todos os entes federados” (GARCIA, 2018, p. 53). Desconsiderada mais essa confusão do legislador ordinário no ponto, em nosso sentir, há uma positiva tentativa de fomentar a padronização e segurança jurídica nos contratos públicos, bem como o planejamento a longo prazo, mediante a integração dos “diversos entes e sistemas jurídicos que atuam nos setores regulados” (FORTINI; SCHIER, 2020, p. 341), o que contribuirá, repita-se, para a universalização e adequada prestação dos serviços de saneamento.

Enfim, seja com supedâneo no art. 21, XX, como entendemos ser a regra, seja com amparo no art. 22, XXVII, da Constituição da República, relativamente à disciplina contratual, não sendo ultrapassada a moldura da parametrização geral, da forma como consta do art. 4º-A, § 1º, da Lei nº 9.984/2000, não existirá, pensamos, inconstitucionalidade na modelagem das normas de referência em si.

Uma ponderação de viés federalista, porém, é necessária: a atribuição integral desse papel condutor à ANA deixa, de certa forma, de prestigiar a atuação dos Estados-membros na organização e planejamento dos serviços públicos a serem prestados nas regiões metropolitanas, nos moldes do art. 25, § 3º, da Carta Constitucional de 1988, dedução a qual, se não chega a desvelar um vício constitucional, caracteriza, decerto, uma falha legislativa, porquanto, ao tempo em que “[...] tal centralização nos Estados atacaria o problema da excessiva fragmentação regulatória [...], ela provavelmente teria mais condições de levar em conta as peculiaridades regionais do que uma entidade federal mais distante, atuando desde Brasília” (SOUZA, 2021, p. 92).

Superado o exame da higidez das normas de referência em si, passamos à averiguação de outros dois outros importantes aspectos relacionados ao atual perfil da ANA, também objeto de desconfiança constitucional, ante à necessária preservação do Pacto Federativo: a vedação à contratação, pelo ente titular do serviços de saneamento básico, de empresa estatal integrante da estrutura administrativa de ente federado diverso, e o condicionamento do repasse de verbas federais destinadas ao implemento da política pública de saneamento à observância das normas de referência a serem editadas pela agência reguladora.

Relativamente ao primeiro problema, lembramos que, como já pontuado no capítulo anterior, no revogado regime jurídico, muitos Municípios – principalmente os menores –, mediante a celebração de contratos programa, passavam às empresas estatais dos Estados-membros a execução do saneamento básico em seu território, prerrogativa que, além de garantir a prestação do serviço em lugares pouco sedutores à iniciativa privada, assegurava a saúde econômica da estrutura como um todo, por meio dos chamados “subsídios cruzados”.

A inconstitucionalidade da vedação à celebração desses contratos programas, ainda que se permita a criação dessas pessoas jurídicas de direito privado no âmbito da Administração Pública local e a outorga da concessão dos serviços de saneamento, residiria em suposta violação à autonomia municipal, uma vez que a União, pensando apenas em inflar a participação privada no setor, estaria impondo a forma pela qual o titular do serviço irá prestá-lo; nessa linha, citamos, novamente, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas (2020, s/p, grifo nosso):

*Pois bem, as restrições criadas pelo NMLSB à possibilidade de os titulares contratarem diretamente empresas estatais são válidas?*

*A resposta, a nosso ver, é negativa. Em primeiro lugar o texto não proíbe esta prática quando a estatal é criada pelo próprio ente. Tampouco proíbe, ao menos expressamente, no caso de regiões metropolitanas, quando a empresa for controlada pelo estado criador da região (que, ao menos indiretamente, compõe a pessoa do*

*titular que é, a rigor, o colegiado deliberativo da região metropolitana que é integrado pelo estado).*

[...] A proibição explícita então se dirige aos municípios (não integrantes de regiões metropolitanas), que não poderão – segundo o NMLSB – contratar diretamente empresas estatais.

Pois bem, tal proibição nos parece inconstitucional por violar a autonomia constitucional que o município tem para escolher a forma de prestação de um serviço do qual ele é titular. Se é incontestável que o município pode criar uma autarquia ou mesmo uma empresa para prestar tais serviços – liberdade que nem mesmo o NMLSB ousou violar – também nos parece inviável, sob qualquer desenho de federalismo cooperativo, impedir que ele possa optar por contratar diretamente empresa estatal criada por outro ente.

*A opção por maior ou menor participação privada em serviços de saneamento envolve sérias discussões econômicas e ideológicas que não cabe desenvolver neste trabalho. Não concordamos nem com a necessária ineficiência dos entes públicos (que em grande medida são ineficientes por terem que obedecer normas que privilegiam a forma e por estarem expostos a controles que nem sempre guardam uma relação próxima com a exequibilidade, sem excluir os casos de loteamento político) nem com a necessária eficiência dos entes privados (cuja atuação pode ser excelente ou desastrosa a depender da forma em que se der a concessão e da efetiva capacidade do titular em fiscalizar seus termos).*

*A União, com um governo que ganhou as eleições com um programa claramente privatista, teria toda legitimidade para, respeitada a Constituição, promover alterações legislativas para aumentar a participação privada nos serviços públicos de titularidade da União que, aliás, são muitos. Mas a União não pode impor este modelo em relação a serviços públicos dos quais ela nem remotamente é a titular.*

Sem dúvidas, como explanamos, não se descuidou do fato de que o antigo modelo era, indubitavelmente, um instrumento de universalização dos serviços. Entretanto, ainda que a alteração legislativa revele algumas inconveniências, as quais são, ao menos em tese, sanadas ou compensadas pela adoção da prestação regionalizada, a sistemática anterior à Lei nº 14.026/2020 apresenta, ela sim, uma falha bastante ofensiva à autonomia dos Municípios: não havia nenhuma preocupação com a operacionalização política e econômica da municipalização do saneamento básico; ao revés, a União não se ocupou de estabelecer incentivos, tampouco os Estados se mobilizaram para tal, porquanto, para eles, trata-se de verdadeiro mercado a ser mantido.

Acerca dessa problemática, Marta Arretche (1999, p. 117-118, grifo nosso) já anotava, há mais de duas décadas, que:

*Os municípios cujos serviços de saneamento básico não são municipalizados são servidos por empresas públicas estaduais, detentoras de contratos de concessão. Além disto, esta política, por ser operada como monopólio natural, deve ser gerida sob a forma de competências exclusivas, independentemente de qualquer definição constitucional. Nos anos 80, quando a proposta de municipalização dos serviços ganhou espaço na agenda de reformas, operavam no setor companhias estaduais já instaladas, com contratos de concessão municipal em vigência, e com alguma capacidade para realizar investimentos. Para municipalizar, os municípios deveriam romper unilateralmente seus contratos de concessão com estas empresas, o que implicaria uma longa batalha jurídica com alto risco de insucesso do ponto de vista legal. Mas, caso viessem a ser bem-sucedidos nesta estratégia, deveriam arcar com a*

parcela do endividamento destas empresas relacionada aos investimentos realizados no município, bem como negociar os termos de transferência do patrimônio instalado e do quadro de pessoal. Além disto, deveriam fazer novos investimentos para melhorar a qualidade dos serviços, uma vez que o rompimento com a empresa estadual justificava-se por descontentamentos na prestação de serviços. Ademais, a engenharia operacional da área de saneamento básico supõe que sejam realizados vultosos investimentos concentrados no tempo. *Estes dois fatores — natureza da política e legado das políticas prévias — implicariam, para os municípios dispostos a assumir a gestão dos serviços, que estes deveriam arcar com elevados custos financeiros e (incertos) custos jurídicos para obter a transferência de funções.*

Naquela conjuntura (1987-1994), as decisões tomadas no âmbito federal e pelos governos esta-duais detentores das concessões não visaram minimizar tais custos para as administrações municipais. Não havia qualquer regra constitucional que incentivasse a alteração da distribuição prévia de atribuições, o que na prática favoreceu a manutenção do *status quo*. *Mas, além disto, não houve qualquer programa federal — ou de iniciativa de algum governo estadual — que, a exemplo do Planasa, criasse incentivos para que os municípios se dispusessem a reverter a modalidade de oferta de serviços preexistente. Ao contrário, as companhias estaduais de saneamento atuaram de modo a preservar seus mercados, pelas vias da disputa jurídica, da melhoria de seus serviços e de uma política mais agressiva de renovação dos contratos de concessão. Dados os custos derivados da natureza da política e do legado das políticas prévias, e dada a ausência de incentivos à municipalização derivada das decisões tomadas nos planos federal e estadual, o cálculo das administrações municipais foi francamente desfavorável à municipalização.*

O outro ponto ensejador de suspeitas constitucionais é o condicionamento do repasse das verbas e financiamentos federais, destinadas aos serviços de saneamento, ao acatamento das normas de referência editadas pela ANA, nos moldes dos arts. 4º-B, § 2º, da Lei nº 9.984/2000, e 50, III, da Lei nº 11.445/2007, o que indicaria uma obrigatoriedade velada, quase uma chantagem federativa.

Tal barganha legislativa não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual abrimos um breve parêntese para examinar o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e sua leitura pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de deslindar, paralelamente, a constitucionalidade das previsões normativas em comento.

Nesse dispositivo, a Lei de Responsabilidade Fiscal, após enunciar ser requisito essencial da responsabilidade fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos constitucionalmente atribuídos aos entes federativos, veda, em seu parágrafo único, as transferências voluntárias aos descumpridores desse preceito, especificamente em relação aos impostos. Ainda no mesmo ano de sua edição, 2000, a norma foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ao argumento de ofensa ao art. 160 da Constituição da República, mediante o qual é salvaguardada a retenção ou restrições à entrega das transferências constitucionais aos ente subnacionais, a exceção de: (i) pagamento de créditos da União ou dos Estados – no caso das transferências devidas aos Municípios –, bem como de suas respectivas

autarquias; (ii) descumprimento da receita mínima a ser aplicada em ações e serviços de saúde; e (iii) inadimplemento dos depósitos mensais para quitação de precatórios<sup>45</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, então, no julgamento da medida cautelar requerida na ADI nº 2.238, em 2008, acenou à higidez do art. 11, parágrafo único, da LRF, ao fundamento de que a sanção nele estampada, na hipótese do não exercício pleno das competências tributárias, por dizer respeito a transferências meramente voluntárias, não viola o art. 160 da Constituição da República. Esse entendimento foi confirmado no julgamento de mérito da ação, em 24.06.2020, pouco menos de um mês antes da publicação da Lei nº 14.026/2020, ocasião na qual foi anotada, ainda, *a congruência da norma com o Pacto Federativo, mediante o desincentivo à dependência dos entes subnacionais das transferências voluntárias por eles percebidas*<sup>46</sup>. Do alentado voto condutor desse precedente, são extraídas interessantes reflexões sobre o Federalismo, as quais, certamente, indicam a orientação que será seguida pela Corte Constitucional, quando do julgamento da ADI nº 6.492, ajuizada, dentre outros pontos, contra os dispositivos do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico ora examinados.

O Relator, Ministro Alexandre de Moraes, por primeiro, anotou a necessidade de ser observada fielmente a repartição das competências legislativas, administrativas e tributárias entre os entes federados, a fim de se garantir o equilíbrio entre o Poder Central e os Poderes Regionais, necessários à higidez democrática; *in verbis*:

O Federalismo, desde seu nascimento, preserva a necessidade de um poder central, com competências suficientes para manter a união e a coesão do próprio País, garantindo-lhes, como afirmado por ALEXANDER HAMILTON, “*a oportunidade máxima para a consecução da paz e liberdade contra o facciosismo e a insurreição*” (*The Federalist papers*, IX) e permitindo à União realizar seu papel aglutinador dos diversos Estados- Membros, que, porém, mantiveram sua autonomia.

[...] É necessário, portanto, que o exercício das competências dos entes federativos respeite outro traço nuclear do Estado Federal: a interdependência. Esse ingrediente que representa uma ideia associável às noções de solidariedade, de lealdade ou de cordialidade é crucial para que as federações sigam em frente na persecução de seus projetos coletivos, encontrando as composições imprescindíveis para a preservação de sua identidade.

Mais adiante, essa premissa é reafirmada pelo Ministro Relator, sob a óptica do Federalismo Fiscal, faceta do Pacto Federativo pelo qual as competências concernentes às finanças públicas são distribuídas entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios – a

<sup>45</sup> Essa última ressalva provém da Emenda Constitucional nº 95/2016, nos termos do art. 104, III e IV, do ADCT.

<sup>46</sup> BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. ADI 2238, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 24/06/2020, publicado em 15/09/2020, Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur430430/false>>. Acesso em julho de 2021.

exemplo da repartição de competências tributárias, alocação de recursos, receitas e despesas públicas –, como se depreende do seguinte excerto do voto (grifo nosso):

*A previsão de estratégias de harmonização no texto constitucional com a finalidade de garantir o imprescindível equilíbrio federativo, na presente hipótese, também encontra explicação em razões econômicas, que deram ensejo ao denominado Federalismo Fiscal.*

[...] *O Federalismo Fiscal também se dedicou a produzir modelos explicativos das interações estratégicas ocorridas na relação entre os entes federados, analisando os incentivos que determinariam as condutas dos diferentes níveis de governo. Ao lidar com essa plataforma de análise, pautados na lógica da ação coletiva, esses trabalhos lograram identificar diversos efeitos negativos (externalidades) que o comportamento individualista dos entes governamentais poderia produzir para o conjunto da federação.*

Um dos tipos de interação mais destrutiva ocorre quando decisões a respeito dos gastos públicos de um ente local são tomadas na esperança de que as suas consequências econômico-financeiras sejam posteriormente absorvidas por um nível central de governo, geralmente por meio de ações de resgate. Esse tipo de comportamento é visto como fonte de sérios riscos para o equilíbrio federativo, pois compromete a autonomia financeira recíproca.

As decisões a respeito de gastos públicos, quando percebidas numa visão agregada, não são isentas de consequências para o conjunto do Estado. Muito pelo contrário, elas podem produzir efeitos sistêmicos bastante prejudiciais ao equilíbrio federativo, exercendo pressões negativas sobre a condução de políticas intituladas por entes federativos distintos, além de potencializar assimetrias já existentes e prejudicar o sistema econômico nacional.

Foi exatamente o que foi observado no Brasil pouco tempo depois da promulgação da CF/1988, quando a federação brasileira havia sido recentemente capitalizada por preceitos de descentralização. Isso porque, no início da década de 90, em que a inflação era exponencial, os Entes federativos (Estados e Municípios) trabalhavam com uma dinâmica de ilusão monetária, em que os impactos fiscais das suas decisões eram artificialmente suavizados pela deterioração de valor que a inflação exercia na moeda até o momento da efetiva realização dos gastos. Com a estabilização econômica, lograda pelos êxitos do Plano Real, sucedeu fenômeno que eliminou o hiato antes existente entre os termos nominais e reais das decisões orçamentárias. Nasceu uma realidade orçamentária diferente, e muito mais hostil a expedientes de dissimulação, o que fez com que os índices de endividamento progredissem avassaladoramente.

Houve a necessidade de adoção de medidas corretivas no plano do equilíbrio das contas públicas, para que a gestão financeira das entidades da Federação pudesse ser ajustada a esse novo estado de coisas, a fim de se evitar nova degeneração do sistema financeiro nacional.

Essa *ratio decidendi* é, pensamos, perfeitamente aplicável aqui, na análise da constitucionalidade dos arts. 4º-B, § 2º, da Lei nº 9.984/2000, e 50, III, da Lei nº 11.445/2007, sendo possível invocar uma ideia de *Federalismo Regulatório*, a fim de sustentar a conclusão de que o Novo Marco do Saneamento Básico, também nesse ponto, supera uma filtragem constitucional mais acurada.

Mais uma vez, é necessário ter em mente a premissa de que a autonomia dos entes subnacionais, no desempenho de funções administrativas descentralizadas, não se resume, tão somente, à neutralidade ou omissão da União; *é preciso existir uma condução uniforme na realização das políticas públicas constitucionalmente definidas, para, como visto, assegurar o*



*equilíbrio federativo*. Nessa linha, e arrimado nas já citadas lições de Marta Arretche, Gilberto Bercovici (2004, p. 66-67, grifo nosso) anota que:

*Na realidade, o grande problema da repartição de rendas realizada pela Constituição de 1988 foi ter sido realizada a descentralização de receitas e competências sem nenhum plano ou programa de atuação definido entre a União e entes federados. O interesse do Governo Federal foi o de alegar a ausência da descentralização como parte da justificativa das crises fiscal e econômica.*

[...] Nem todos os autores reconhecem a existência de um amplo processo de descentralização de receitas e encargos. No entanto, após a Constituição de 1988, de modo lento, inconstante e descoordenado, os Estados e Municípios vêm substituindo a União em várias áreas de atuação (especialmente nas áreas da saúde, educação, habitação e *saneamento*), ao mesmo tempo em que outras esferas estão sem qualquer atuação governamental graças a abandono promovido pelo Governo Federal. Política esta, de abandono de políticas sociais por parte do Governo Federal, denominada por Maria Hermínia Tavares de Almeida e Marta Arretche, de “descentralização por ausência”. Esta transferência não planejada e descoordenada de encargos contradiz o lugar-comum de que os entes federados receberam apenas verbas, e não encargos com a nova ordem constitucional. As políticas sociais não sofreram mudanças qualitativas ou se deterioraram não pela sua concentração na esfera federal, mas pela total falta de planejamento, coordenação e cooperação no processo de descentralização.

Assim, ao subordinar o repasse de verbas e financiamentos federais para ações de saneamento básico, transferências não obrigatórias, à observância pelos entes subnacionais das normas de referência editadas no âmbito da Administração Pública Autárquica da União, o legislador está tentando desenhar – com certo atraso, é certo – uma atuação nacional coordenada e cooperativa em políticas públicas de saneamento básico. Esse estratagema legislativo pode ser questionável do ponto de vista econômico (já que, na prática, coage os entes mais desvalidos a aceitarem o cenário normativo determinado pelo Poder Central), ou técnico (pode-se apontar a falta de expertise específica da ANA, quanto aos serviços públicos objeto desse trabalho), mas, em nosso entender, não ofende qualquer dispositivo constitucional atinente ao Pacto Federativo.

Posto isso, vencidos os dilemas suscitados, acreditamos que, se bem estruturada, mantendo-se a congruência com o seu papel condutor da regulação do saneamento básico pelos entes subnacionais – incontestavelmente, os legítimos titulares desse serviço, especialmente os Municípios, uma vez que a atuação dos Estados se dará em conjunto com eles –, a edição das normas de referência pela ANA, *de per se*, tem muito a contribuir com a tão desejada universalização.

Considerando o delineamento histórico traçado no introito do presente trabalho e o já examinado desenho constitucional atinente ao federalismo, observamos, por anos a fio, uma regulação deficiente e descoordenada nesse setor, fruto da constante indagação concernente ao objeto e aos limites da atuação de cada ente federado. É dizer, na maior parte do tempo, o Estado

brasileiro se preocupou pouquíssimo ou nada com esse serviço essencial; ou não se ocupou em definir precisamente quem seria o seu titular, ou, ainda, essa titularidade era compartilhada de maneira desalinhada, cenários esses que, com toda certeza, contribuíram para o desarranjo regulatório experimentado pelo setor, e, por conseguinte, ensejaram falta de prestação universal e adequada do saneamento básico no Brasil.

Nesse sentido:

Como sabemos, as agências reguladoras infranacionais foram criadas com o intuito de profissionalizar o saneamento básico e definidas como componentes da política pública setorial somente no ano de 2007, com a edição da Lei Federal no 11.445.

Muitas dúvidas afloraram com a Lei e vários reguladores somente foram criados ou passaram a atuar com maior envergadura a partir de 2010, com o Decreto federal no 7.217, que regulamentou a Política Nacional de Saneamento Básico.

Ora, como se vê, a lei setorial tem pouco mais de 10 anos e a sua regulamentação só foi implantada na última década. Sabemos dos desafios e obstáculos para implantação de uma política pública em âmbito nacional, já que muitas são as assimetrias sociais e econômicas, além dos percalços próprios de estruturação administrativa da Administração Pública.

Nesse sentido, a falta de uma regulação consolidada e com padrões uniformes de ações trouxe preocupações aos setores regulados.

Segundo ponto de destaque é o modelo constitucional que reconhece a competência (titularidade) dos serviços de saneamento básico aos Municípios, o que evidenciou a falta de racionalidade e as disputas por competências normativas entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades reguladoras nos temas ligados à pandemia (OLIVEIRA, 2021, p. 202).

A tarefa dada à ANA não será fácil. Verifica-se, de pronto, além do necessário apego ao real sentido das normas de referência e das dificuldades habituais que acometem a Administração Pública brasileira – precarização da estrutura, falta de recursos humanos, limitações orçamentárias –, uma imensa diversidade de níveis técnicos e de interesses políticos, nas muitas agências reguladoras subnacionais, a serem coordenados por uma entidade que, até bem pouco tempo atrás, não tinha o saneamento básico dentre suas preocupações.

Nesse contexto, *será imprescindível a pia adesão dessa agência reguladora federal a um perfil gerencial, no qual as pedras de toque sejam a governança e a Análise de Impacto Regulatório*. A ideia da governança, em síntese, surgiu na década de 1980, lado a lado com a tendência de preocupação em imprimir eficácia, legitimidade e transparência à atividade administrativa, assegurando “maior participação da sociedade civil na formulação das decisões estatais, que devem ser pautadas pela eficiência e submetidas ao controle institucional e social” (OLIVEIRA, 2015, p. 182-183)<sup>47</sup>. A respeito dessa compreensão, *in verbis*:

---

<sup>47</sup> Rafael Oliveira (2015, p. 182-183) chama atenção para a eventual confusão envolvendo os termos governança, governo e governabilidade. Segundo ele, “a expressão governo, no cenário do Estado moderno e a partir do viés jurídico, refere-se ao complexo dos órgãos institucionais que têm o exercício do poder e, por essa razão, está

Os atores locais e regionais desenvolvem ação conjunta movidos pela expectativa de que conseguem avaliar melhor os problemas de sua região do que os atores nacionais ou supra-estaduais. As expectativas políticas e sociais geradas pela cooperação entre os agentes regionais são significativamente elevadas, por exemplo, no campo do mercado de trabalho e das políticas de emprego, desenvolvimento municipal, combate à pobreza etc.

*Sob a ótica da ciência política, a governança pública está associada a uma mudança na gestão política. Trata-se de uma tendência para se recorrer cada vez mais à autogestão nos campos social, econômico e político, e a uma nova composição de formas de gestão daí decorrentes. Paralelamente à hierarquia e ao mercado, com suas formas de gestão à base de “poder e dinheiro”, ao novo modelo somam-se a negociação, a comunicação e a confiança. Aqui a governança é entendida como uma alternativa para a gestão baseada na hierarquia. Em relação à esfera local, ela significa que as cidades fortalecem cada vez mais a cooperação com os cidadãos, as empresas e as entidades sem fins lucrativos na condução de suas ações. A cooperação engloba tanto o trabalho conjunto de atores públicos, comunitários e privados, quanto também novas formas de transferência de serviços para grupos privados e comunitários. A governança local, como configuração regional da governança pública, é, assim, “uma forma autônoma (*self-organizing*) de coordenação e cooperação, por meio de redes interorganizacionais, que podem ser formadas por representantes de organizações políticas e administrativas, associações, empresas e sociedades civis, com ou sem a participação estatal” (Jann, 2003:449) (KISSLER; HEIDMANN, 2006, p. 482, grifo nosso).*

Quanto à governança aplicada à atividade regulatória, e, ainda, tomando em conta a realização dos direitos fundamentais, objetivo maior de toda e qualquer atuação estatal, colha-se a precisa lição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 184):

No âmbito da regulação, é possível afirmar que a “a governança regulatória” significa a busca por instrumentos de maior legitimidade (ex.: participação na formulação da decisão administrativa), eficiência (ex.: planejamento e controle de resultados) e *accountability* (ex.: controle social e institucional) por parte dos reguladores.

De fato, as visões extremadas revelaram-se insuficientes na tarefa de garantia e proteção dos direitos fundamentais. A regulação não pode ser considerada, *a priori*, boa ou má. É preciso verificar concretamente cada forma de regulação e avaliar os resultados obtidos. Trata-se, em suma, de uma visão despida de preconceitos metafísicos, em que a qualidade se sobrepõe à quantidades de regulação.

A seu turno, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) é fruto direto do núcleo duro da governança regulatória, e, consoante conceito firmado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é o “processo de identificação sistemática e avaliação dos efeitos esperados das propostas regulatórias”<sup>48</sup>. A AIR é instrumento legitimador das decisões regulatórias, porquanto, por meio dela, implementa-se a democracia deliberativa nessa atividade, impedindo sua justificação “por argumentos abstratos, distorcidos do contexto e sem consideração das respectivas consequências (sociais e econômicas)” (OLIVEIRA, 2015, p. 268).

---

fortemente associada à própria concepção de Estado, monopolizador do uso da força”, ao passo que governabilidade diz com o modo pelo qual o sistema político se comportará diante do ambiente social.

<sup>48</sup> Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>>. Acesso em junho de 2021.

Assim, e na forma como estampada no art. 5º da Lei nº 13.874/2019, regulado pelo Decreto nº 10.411/2020, por força do qual “as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório [...]”<sup>49</sup>, a Análise de Impacto Regulatório se mostra um bom catalisador da conciliação e ponderação entre os variados interesses e direitos envolvidas na missão conferida pela Lei nº 14.026/2020 à ANA, mormente no que toca à edição das normas de referência.

Corroborando essa conclusão:

Dentro dessa nova configuração conceitual, vários desafios se impõem à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico para o exercício das novas competências a ela delegadas. Serão inúmeras incursões em temas que o regulador nacional não dispõe de expertise.

Por mais que se tenha argumentado que a gestão de recursos hídricos e a vivência com as pesquisas nacionais sobre a água tenha correlação com as atividades do saneamento, sabemos que a prestação dos serviços incorpora componentes mais complexos do que os vistos anteriormente, como regras para a contratualização, valores para tarifa adequada e módica, além de governança regulatória.

Parece-nos que o único caminho possível de ser trilhado seja o diálogo interinstitucional, ouvindo as agências infranacionais e com a edição de normas de referência pautadas na observância de soluções e arranjos exitosos experimentados pelos reguladores de todo o território nacional.

[...] *Desconsiderada a opção pelo descumprimento voluntário, que é viável, porém não é desejável, a norma de referência deve ser pautada no regramento das inseguranças jurídicas e técnicas hoje encontradas no âmbito local, que são dissonantes em razão das particularidades regionais e econômicas.*

*Surge o desafio da referência nacional: que não seja tão rígida a ponto de lançar o regulador e prestador na ilegalidade, e nem tão amena – o que colocaria alguns atores do setor em situação cômoda de não se verem desafiados a otimizar o seu trabalho.*

*Cabe ao emitente da norma de referência, portanto, a precaução de ouvir o regulador local, ponderar suas normas com estudos prévios de impacto regulatório (nos termos do Decreto federal 10.411/2020) e pautar o processo de normatização pela simplificação dos instrumentos, até mesmo para atender aos novos comandos da Lei de Liberdade Econômica, que pretende afastar a excessiva burocratização dos contratos e da norma regulatória (OLIVEIRA, 2021, p. 79-80, grifo nosso).*

Além disso, de forma quase concomitante à edição do Novo Marco do Saneamento Básico, sobreveio outro desafio à regulação do setor, o qual, a um só tempo, desvelou – ao menos, àqueles que ignoravam a colossal desigualdade social brasileira –, o pouco interesse dos Poderes Públicos em relação ao direito humano básico de acesso a água potável e condições sanitárias mínimas, bem como o interesse coletivo na urgência em se universalizar tais serviços: a pandemia do Covid-19.

<sup>49</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm)>. Acesso em julho de 2021.

Já no parecer apresentado pelo Relator do Projeto de Lei nº 4.162/2019<sup>50</sup>, embrião da Lei nº 14.026/2020, alertou-se para a correlação direta entre a universalização do adequado serviço de saneamento básico e o combate à crise sanitária, como forma de se evitar as mortes de milhares de brasileiros, bem como favorecer a desoneração do Sistema Único de Saúde nesse momento, consoante o excerto a seguir:

A atual crise sanitária causada pela pandemia da COVID-19 torna ainda mais urgentes as mudanças propostas, na medida em que evidenciou a vulnerabilidade das pessoas que não dispõem de acesso a água potável, esgotamento sanitário e coleta de resíduos sólidos. Enquanto órgãos de saúde pública de referência no plano internacional e no Brasil recomendam que se lavem as mãos com frequência para evitar a contaminação com o coronavírus, temos 35 milhões de brasileiros sem acesso à água tratada. Um grande e potencialmente letal paradoxo. O Brasil, em pleno século XXI, não pode aceitar ter condições de saneamento equivalentes àquelas que alguns países europeus já tinham no início do século XX. Com o novo marco legal, o País terá condições de, em período relativamente curto, saldar essa aviltante dívida que é fundamentalmente social, dada a multidimensionalidade de seus impactos.

Aprovando neste momento o PL nº 4.162, de 2019, o Senado Federal estará não somente evitando, nos próximos anos, a morte de milhares de brasileiros, muitas deles ainda crianças, mas também reduzindo a pressão sobre o Sistema Único de Saúde, ao diminuir o número de internações provocadas pelo simples fato de que quase metade da população desse País, ainda que tenha acesso à cobertura de rede de telefonia celular, tem permanecido com os pés no esgoto.

Esse momento é histórico. Os invisíveis, que não têm como manter estruturas de apoio para atuarem no processo de formação de políticas públicas, como é o caso de associações corporativistas, confiam, tão somente, nos seus 81 representantes nesta Casa para lhes garantir condições de saneamento compatíveis com padrões de vida do século XXI.

Para além, observa-se uma crise de sustentabilidade dos serviços de saneamento básico em diversas regiões do país, a qual poderia ser abrandada pela regência das normas de referência da ANA. Se por um lado a pandemia elevou a essencialidade desse serviço à máxima potência, por outro, em função do desaquecimento da economia e crescimento do desemprego, verificou-se, no geral, a queda das receitas auferidas pelas prestadoras.

É emblemática a recente controvérsia envolvendo a Companhia de Saneamento do Estado do Paraná (Sanepar): a tarifa cobrada pela prestadora sofreria um reajuste no percentual de 9,62%, em outubro de 2020, homologado previamente pela Agência Reguladoras de Serviços Públicos Delegados do Estado do Paraná (AGEPAR), relativamente ao ciclo tarifário dos anos de 2017 a 2020. Entretanto, o Poder Executivo paranaense, sob a alegação de crise hídrica<sup>51</sup> e sanitária, essa decorrente da pandemia, requereu a suspensão de tal reajuste.

---

<sup>50</sup> Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>>. Acesso em junho de 2021.

<sup>51</sup> A crise hídrica foi declarada no Paraná mediante o Decreto Estadual nº 4.626, de 07.05.2020, e prorrogada por mais 180 dias, pelo Decreto nº 6.068, de 29.10.2020.

Em sede de Tomada de Contas Extraordinária (Processo nº 312857/2019<sup>52</sup>), o Tribunal de Contas do Estado do Paraná deferiu medida cautelar para suspender a implementação, pela Sanepar, do reajuste original, o qual, lembre-se, foi homologado pela agência reguladora paranaense. Posteriormente, tal decisão foi revogada pela Corte de Contas, e, após sigilosa negociação entre o governo estadual e a prestadora do serviço, mediado pela agência reguladora regional, firmou-se o reajuste no percentual de 5,11%, que passou a valer a partir de fevereiro de 2021.

Sublinhe-se que essa controvérsia, aqui brevemente historiada, tem por objeto o reajuste tarifário, instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos atinente ao aumento inflacionário, pelo qual “não se tem uma real elevação do seu valor, que permanece o mesmo da época da contratação, ocorrendo tão somente uma adequação do valor prestacional em face de nova realidade econômica” (GARCIA, 2018, p. 374). A situação, portanto, é diversa da revisão da tarifa<sup>53</sup>, condizente com o redimensionamento de prazos, objetos, condições ou valores contratuais, ante “fatores ora imprevisíveis, ora previsíveis mas de consequências incalculáveis” (GARCIA, 2018, p. 384).

Desse caso concreto ilustrativo, portanto, além de uma série de questões sensíveis que refogem ao objeto desta pesquisa (cite-se, por exemplo: a intervenção dos Tribunais de Contas nas decisões de mérito das agências reguladoras; a eventual responsabilização de agentes públicos que causem prejuízos às concessionárias de serviços públicos em razão de alteração unilateral nos valores tarifários; e possibilidade de autocomposição em matéria tarifária), extrai-se a necessidade de se ponderar a manutenção da integridade financeira dos prestadores do saneamento público, serviço essencialíssimo em tempos de Covid-19, e um arranjo tarifário que se volte, também, à população de baixa renda, como parte de uma política pública efetiva de combate ao vírus, de forma imediata, e de consecução de um direito humano, mediadamente.

O aparente conflito decorre de uma grande lacuna nos contratos administrativos celebrados para a prestação de serviços públicos em geral, relativamente à crise sanitária atual – inimaginável até pouco tempo atrás –, realidade que reclama, de pronto, maior adaptabilidade dos instrumentos negociais e a instituição de meios alternativos de resoluções de conflitos, pelas agências reguladoras subnacionais, preferencialmente de forma sincronizada, à luz das normas de referência a serem editadas pela ANA. Carlos Roberto de Oliveira (2021, p. 203), Diretor da

---

<sup>52</sup>

Disponível em: <[https://servicos.tce.pr.gov.br/servicos/srv\\_consultaprocessos.aspx?processoMaster=312857/19](https://servicos.tce.pr.gov.br/servicos/srv_consultaprocessos.aspx?processoMaster=312857/19)>. Acesso em agosto de 2021.

<sup>53</sup> Em 04 de janeiro de 2021, a AGEPAR abriu consulta pública acerca da revisão tarifária, relativamente ao ciclo que compreende os anos de 2021 a 2024, a qual culminou com a fixação do percentual de 5,7701%.

Agência Reguladora de Saneamento de São Paulo, cita em artigo a “teoria da incompletude dos contratos”, em arranjos de longo prazo, como substrato para a adoção de meios de flexibilização e adaptação entre as partes contratantes: quanto mais incompleto for o contrato, mais mutável ele será; destaca o autor, ainda, o papel promotor da solução de conflitos – como visto no destacado caso da Sanepar; *in verbis*:

Aliado aos desafios dos contratos incompletos, que pedirão forte atuação do ente regulador na integração das normas e interpretação dos instrumentos contratuais, temos um histórico bastante consistente – principalmente nos contratos antigos –, de ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos.

A regulação setorial do saneamento básico trouxe para a agência reguladora uma tarefa relevante para a resolução de conflitos entre prestador e poder concedente, em especial por sua função de regular e fiscalizar o contrato. Entretanto, havendo discordância dessa mediação ou insatisfação das partes, é possível que outras arenas e avaliações possam ser acionadas, notadamente a arbitragem.

[...] Dessa forma, emerge a relevância do regulador na busca por soluções consensadas e ponderadas na distribuição dos riscos decorrentes das perdas oriundas da pandemia da COVID-19, não só pela incompletude dos contratos no tocante à matriz de riscos, mas também pela ausência ou deficiência de cláusulas de soluções alternativas.

A remessa de tais debates ao Poder Judiciário não se mostra adequada por vários fatores, principalmente: 1) ausência de conhecimentos técnicos sobre os serviços regulados (especialidade); 2) os crônicos e notórios problemas de morosidade (que não podem refletir em serviços contínuos); e 3) o papel de articulador especialmente conferido ao ente regulador (OLIVEIRA, 2021, p. 204).

Por fim, anote-se que, à vista desse quadro, a Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR) publicou, na linha pontuada neste trabalho, recomendações às agências reguladoras diante da pandemia, dentre as quais destacamos a busca pelo equilíbrio econômico-financeiro dos contratos como forma de redução dos impactos desfavoráveis à população, o aprimoramento de planos de contingência/emergência, a avaliação da suspensão temporária de revisões e reajustes tarifários, e o resguardo à saúde e segurança dos usuários, especialmente os vulneráveis<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Disponível em: <<https://abar.org.br/mdocs-posts/20-recomendacoes-regulatorias-diante-da-pandemia-agua-e-esgoto>>. Acesso em julho de 2021.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fornecimento de água potável e o acesso a serviços básicos de esgotamento sanitário, positivados ou não, são direitos fundamentais de essencial relevância, os quais congruam, reciprocamente, com os direitos à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo primordial sua adequada e universal prestação para o desenvolvimento econômico e social do Brasil; tem-se, aí, o vetor interpretativo máximo de toda e qualquer atuação estatal nesse setor.

Não obstante, a análise histórica da disciplina legal e do tratamento administrativo conferido ao saneamento básico em nosso país, denota que nunca houve, verdadeiramente, uma organização sistemática de adequadas políticas públicas no setor; ao revés, oscilou-se, sempre de maneira inconsistente e continuamente confusa, entre períodos nos quais não havia nenhuma atuação de quaisquer dos núcleos de poder estatal, e outros em que, desarranjadamente, ora a prestação do serviço era fortemente centralizada, ora era impelida aos entes subnacionais.

A ordem constitucional fundada em 1988, não obstante materializada em uma Carta analítica, “[...] elaborada de forma extensa (formato amplo), com um cunho detalhista, na medida em que desce a pormenores não se preocupando em descrever e explicitar matérias constitucionais (tipicamente constitutivas do Estado e da sociedade)” (FERNANDES, 2020, p. 46), menoscabou, ao menos de forma direta e mais detalhada, ainda que sem esse propósito específico, o amplo quadro de indigência do saneamento básico, o qual contribui para o aprofundamento da desigualdade social brasileira. A parca ordenação desse serviço público na Constituição da República, associada a questionáveis compreensões em torno do real sentido do federalismo de cooperação, fruto, muitas vezes, de interesses puramente políticos e econômicos, deixou margem à omissão estatal.

A rigidez na leitura das competências constitucionalmente atribuídas aos entes federados, especialmente as comuns e concorrentes, não resultará na definição de um infalível e imaculável parâmetro a ser aplicado em todos os casos nos quais haja dúvidas acerca da esfera política responsável pela implementação de determinada política pública; em verdade, a solução passará pela coordenação no planejamento dessas ações, em atenção ao genuíno objetivo do federalismo de cooperação: o melhor atendimento possível às necessidades públicas, de forma uniforme.

Com efeito, por força da exigência de grandes para tanto, a grande maioria dos Municípios brasileiros – titulares, a princípio, do saneamento básico – não possui condições financeiras, ou mesmo técnicas, de entregar bons serviços sanitários à população, realidade que



requer uma harmônica concatenação entre todas as esferas federais na substancialização dessa prestação fundamental, e não mancos engendramentos para se alcançar subsídios cruzados, os quais, como arquitetados pragmaticamente, servem apenas de tapa-buracos. Outrossim, a regulação do saneamento básico no Brasil, é atravancada, devido à grande dimensão do território nacional, por numerosos contextos fáticos, econômicos, jurídicos e políticos, os quais precisam ser orquestrados. Viu-se, ainda, mormente quanto à prestação desses serviços em regiões metropolitanas, que, mesmo já existindo orientação sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade abstrato, persistem imbróglios provindos de funestos interesses políticos, amparados por interpretações propositalmente distorcidas da lei e da jurisprudência.

Diante disso, cabe à União, nos termos do art. 21, XX, da Constituição da República, instrumentar a cooperação federativa para a execução nacionalmente uniforme de políticas sanitárias de água e esgotamento, tarefa a ser corporificada nas normas de referência, cuja edição foi atribuída à ANA, em nova roupagem, nos moldes definidos pelo Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, as quais, acreditamos, poderão, se bem empregadas, catalisar o sucesso de modelos de governança interfederativa, como é a prestação regionalizada, abalizada, em tese, pelo mesmo estatuto.

Um exercício exegético mais apurado e generoso da estrutura federalista e da repartição de competências, que tome em conta a possibilidade da flexibilização de alguns dogmas aí construídos, inservíveis na conjuntura hodierna, bem como fiel à premissa repisada à exaustão neste trabalho, segundo a qual o saneamento básico é um direito fundamental, autônomo e instrumental em relação a outras garantias constitucionalmente anunciadas, a ser realizado inadiavelmente, revela ser plenamente factível construir um deslinde aos conflitos decorrentes da apontada timidez constitucional no tocante ao saneamento básico, quase sempre negativos, implicando, faticamente, na iníqua e pertinaz omissão do Poder Público.

## REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando Luiz. FRANZESE, Cibele. “Federalismo e Políticas Públicas: O Impacto das Relações Intergovernamentais no Brasil”. In: ARAÚJO, Maria de Fátima Infante; BEIRA, Lígia (Org.). **Tópicos de Economia Paulista para Gestores Públicos**. São Paulo: FUNDAP, 2007.
- ANTONIAZZI, Mariela Morales; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **Tackling inequality in times of pandemics: right to water in the Inter-American Court of Human Rights**. Heidelberg: MPIL Research Paper Series, 2020.
- ARRETCHE, Marta. “Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia”. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas Públicas: Coletânea**, volume 2. Brasília: ENAP, 2006.
- ARRETCHE, Marta. Federalismo e Igualdade Territorial: uma contradição em termos? **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, n. 03, 2010.
- ARRETCHE, Marta. Mitos da Descentralização: Mais Democracia e Eficiência nas Políticas Públicas? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 31, 1996.
- ARRETCHE, Marta. Políticas Sociais no Brasil: Descentralização em um Estado Federativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 40, 1999.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 15, jan/jun, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Pandemia e Federação: a nova diretriz do Supremo Tribunal Federal para interpretação das competências comuns e alguns desafios para sua universalização. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, set/dez. 2020.
- BARIANI JR., Percival José; CAPELOTTO, Paulo Henrique Triandafelides. “Da Política Pública de Saneamento Básico no Novo Marco Regulatório”. In: DAL POZZO, Augusto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 138, jan/mar, Brasília, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias de pesquisa. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, n. 90, abr/mai, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. “Saneamento Básico: a evolução jurídica do setor”. In: DAL POZZO, Augusto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAL POZZO, Augusto Neves; BARIANI JR., Percival José; FACCHINATTO, Renan Marcondes. “As Agências Reguladoras e a concessão de serviço público de saneamento básico”. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (Coord.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

DAL POZZO, Augusto Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. “O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico e os modelos de emparceiramento com a iniciativa privada: a Concessão e a Parceria Público-Privada”. In: DAL POZZO, Augusto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. “Consórcios Públicos e o marco legal do saneamento básico”. In: DAL POZZO, Augusto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FACHIN, Luiz Edson; GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; KRASSUSKI, Luiz Henrique. “O caráter material constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos”. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. **Separação dos Poderes – aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário**. Salvador: Editora JusPodivum, 2018.

FACHIN, Melina Girardi; CHUEIRI, Vera Karam. Desigualdade e a reconstrução da Democracia Social. **Jota**. [S.l], 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desigualdade-e-a-reconstrucao-da-democracia-social-23102017>>. Acesso em jul.2021.

FACHIN, Melina Girardi. Todos os nomes e um só sentido: a aproximação dos direitos humanos aos direitos fundamentais tendo em vista sua efetivação prática. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba n. 03, jan/jun, 2006.

FORTINI, Cristiana; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. “Novo Marco do Saneamento e a atividade regulatória”. In: DAL POZZO, Augusto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FREIRE, André Luiz. “Saneamento básico: conceito jurídico e serviços públicos”. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “A evolução jurídica do serviço público de saneamento básico”. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (Coord.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KISSLER, Leo; HEIDMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 40, mai/jun, 2006.

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

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARRARA, Thiago. “Mosaico Regulatório: as normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020”. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. “Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal 14.026/2020”. In: DAL POZZO, Augusto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A ANA e a Federação por água abaixo. **Direito do Estado** [S.l.], 2020. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/a-ana-e-a-federacao-por-agua-abaixo-notas-sobre-o-novo-marco-legal-do-saneamento>>. Acesso em jul. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. “A regulação infranacional e o novo marco regulatório”. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Prestação de serviços públicos de saneamento básico, regulação e os impactos da pandemia da covid-19. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, set/dez. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

PIRES, Thiago Magalhães. Federalismo e Democracia: parâmetros para a definição das competências federativas. **Revista Direito Público**, Rio de Janeiro, n. 14, out/dez, 2006.

PIRES, Thiago Magalhães. Federalismo, flexibilidade e assimetria no Direito Brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, mai/ago, 2017.

PORTO ALEGRE, Artur. “Serviço Público de Saneamento Básico: abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Conceitos e implicações no novo marco regulatório”. In: DAL POZZO, Augusto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 7. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RESENDE, Natália; COHEN, Isadora; MARCATO, Fernando S. “Gestão Associada da Prestação dos Serviços – o que muda com o Novo Marco Legal do Saneamento?”. In: DAL POZZO, Augusto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental**. 8. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. “A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços”. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais. **Conjur** [S.l.], 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>. Acesso em jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. **Revista Direitos Fundamentais**, n. 01, out/dez, 2007.

SOUZA, Celina. **Federalismo e descentralização na Constituição de 1988**: processo decisório, conflitos e alianças. Rio de Janeiro: Dados, 2001.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 24, junho, 2005.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. “Diretrizes para o saneamento básico e o papel da NAA no novo marco legal”. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

TÁCITO, Caio. Saneamento básico: região metropolitana, competência estadual. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 213, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. “Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico”. In: DAL POZZO, Augusto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VIEIRA, Andréia Costa. **O direito humano à água**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.