

**A COOPERAÇÃO ENTRE ENTES MUNICIPAIS COMO ALTERNATIVA À
PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DO SERVIÇO PÚBLICO DE
SANEAMENTO BÁSICO**

*COOPERATION BETWEEN MUNICIPAL ENTITIES AS AN ALTERNATIVE IN THE
REGIONALIZED PROVISION OF WATER AND SANITATION PUBLIC SERVICES*

Adriana da Costa Ricardo Schier*

William Geraldo Azevedo**

RESUMO: O direito ao saneamento básico não só se caracteriza por ser um preceito fundamental, mas também é corolário de diversos outros direitos fundamentais dos cidadãos, a exemplo do direito à saúde, do meio ambiente e, até mesmo, da dignidade da pessoa humana. Embora esse serviço tenha sido devidamente regulamentado pela Lei Federal 11.445/07, tendo como um dos seus princípios nucleares a busca pela universalidade, ele ainda está longe de ser devidamente implementado no Brasil. Dessa forma, pretende-se demonstrar que a legislação setorial confere base normativa para que, a partir da cooperação interfederativa local, arranjos contratuais sejam celebrados a fim de permitir a implementação do saneamento básico nos municípios brasileiros.

Palavras-chave: Administração Pública consensual; contratos administrativos; serviço público de saneamento básico; gestão associada, prestação regionalizada.

ABSTRACT: The right to basic sanitation service isn't only characterized as a fundamental right, but also is a corollary of several others citizens' fundamental rights, such as the right to health, the environment right and even the dignity of the human person. Although this service was duly regulated by Federal Law 11.445/07, having as one of its core principles the search for universality, it is still far from being properly implemented in Brazil. In this way, it will demonstrate that the sectorial legislation confers normative base, from the local interoperative cooperation, contractual arrangements can be celebrated in order to allow the implementation of basic water and sanitation service in Brazilian municipalities.

Keywords: Administração Pública consensual; contratos administrativos; serviço público de saneamento básico; gestão associada, prestação regionalizada.

* Pós-Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil - na Graduação e no Mestrado em Direito e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo. Diretora Acadêmica do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Pesquisadora do NUPECONST e do NUPED. Advogada e Consultora.

** Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Pós-Graduado em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano - NUPED - da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado

1. INTRODUÇÃO

Recém passados 10 anos da promulgação da Lei Federal nº 11.445/07, intitulada de marco regulatório do saneamento básico, a odisséia pela promoção e implementação do serviço de saneamento básico, principalmente nos pequenos municípios brasileiros, encontrar-se longe do seu fim.

Recentemente, tem-se atribuído a culpa (ou parcela desta) pela insuficiência do avanço na prestação deste serviço às supostas falhas ou inconsistências normativas do marco regulatório, razão pela qual editou-se, recentemente, a Medida Provisória (MP nº 844/2018), a qual objetiva atualizar o referido diploma normativo.

No entanto, sabe-se que a mera edição de um novo diploma normativo, por si só, não promove as mudanças práticas na implementação e prestação do sistema de saneamento básico. Para isso, são necessários, acrescentando-se aos instrumentos jurídicos imprescindíveis a estruturação e execução do saneamento local, gestores públicos propícios a despenderem tempo, recursos financeiros e humanos nesse setor.

Pode-se afirmar que Lei 11.445/07 estabeleceu, com precisão, uma série de combinações contratuais que permitem aos entes municipais, de modo cooperado e em âmbito regional, implementem e prestarem adequadamente o serviço de saneamento público. Nessa esteira, o artigo objetiva assinalar quais são esses arranjos contratuais previstos pela Lei 11.445/07 e como eles podem ser organizados pelos gestores municipais.

Antes, contudo, tecer-se-ão considerações sobre a necessidade de os entes administrativos cooperarem entre si para o fim de realizarem objetivos de interesse comum. Nessa linha, será apontada a influência do paradigma da Administração consensual, colocado como pressuposto à atuação conjunta entre os entes interfederativos, bem como serão ressaltadas as importantes disposições normativas inseridas pelo marco regulatório do saneamento básico do Brasil.

2. O MODELO DA CONSENSUALIDADE COMO NOVO PARADIGMA DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A maneira como Administração Pública se relaciona com os cidadãos e os demais entes federativos tem passado por significativas alterações desde o início dos anos 90. Trata-se de mudança postural que tem impelido a Administração a atuar de maneira participativa e consensual, em detrimento das ações arrimadas em atos unilaterais.

E a esta Administração, dinâmica e que abre mão de medidas unilaterais e imperativas, para negociar com os atores que com ela interagem, atribuíram-se as denominações de administração pública consensual, concertada, paritária e dialógica.¹ Por certo, esta consensualidade contratual impõe uma dinâmica diferenciada na execução das atividades da Administração, pelo fato de que “os contratos do Poder Público deixam de ser mecanismo meramente para exercícios das atividades-meio (aquisição de bens e serviços para desempenho das funções públicas diretamente pela Administração) e passam a ser instrumentos para a consecução das próprias atividades-fins”. (MARQUES NETO, 2009, p. 80)

Dentre estas hodiernas modalidades contratuais, destacam-se: os contratos celebrados entre os Entes da própria administração, mormente, os consórcios públicos,² os contratos de programa, de rateio e de repasses, além dos convênios administrativos de cooperação; já na contratação entre Administração e setor privado, são destaques: as concessões comuns, patrocinadas e administrativas instituídas, estas duas últimas inseridas pela Lei 11.079/05; a concessão urbanística; o contrato de gestão disciplinado pela lei 9.637/98; o termo de parceria inserido pela lei 9.790/99; e, mais recentemente, os termos de colaboração e fomento, inseridos pela lei 13.019/14.

A partir da utilização desses instrumentos contratuais introduzidos no Regime Jurídico Administrativo, permite-se que a Administração promova as atividades constitucionalmente a ela atribuídas de modo mais eficiente, entregando serviços públicos de melhor qualidade e, em abrangência maior, aos cidadãos. Ou seja: “é a Administração Consensual que mais perfeitamente harmoniza-se com os novos desafios com que se depara os órgãos e entidades administrativas no século XXI”. (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2008, p. 37)

Semelhante conclusão é alcançada por Vivian Valle (2016, p. 466), a qual, ao discorrer sobre a consensualidade nas contratações públicas, assevera que “o objetivo dessa nova contratualização é possibilitar um incremento qualitativo e quantitativo da atividade comercial entre a Administração Pública e os particulares, de modo a possibilitar uma maior realização dos serviços públicos, mais eficiente e universal”.

¹ Descrevendo sobre a quantidade de terminologias que se remetem ao movimento consensual, Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka (2008, p. 39) lecionam que “o sentido das expressões elencadas sinaliza um novo caminho, no qual a Administração pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação e a transação”.

² Odete Medauar e Gustavo Justino de Oliveira (2006, p. 30) ratificam este entendimento ao afirmarem que “a nova disciplina legal dos consórcios públicos está afinada com um perfil contemporâneo de Administração Pública, em que há destaque para atividades e procedimentos negociais que culminem com a conciliação e a compatibilização de todos os interesses envolvidos em torno da causa comum”.

Esta evolução na forma com que a Administração contrata com os particulares arrima-se em dois principais alicerces, quais sejam: na insuficiência de efetuar a melhor contratação, a partir da utilização de instrumentos contratuais impostos unilateralmente pela Administração carregados de cláusulas que oneram demasiadamente o particular; e o próprio Estado Democrático de Direito.

Justamente em relação ao primeiro alicerce que se tem observado os maiores impasses. Isto porque o desenvolvimento da Teoria Contratual no Brasil “tomou por pressuposto que a participação da Administração numa relação contratual não lhe retiraria a posição de sobranceira, superior, assimétrica”, consistindo no pressuposto dessa desigualdade, o fato de que à Administração competiria a tutela do interesse público, consoante descreve Marques Neto. (MARQUES NETO, 2009, p. 76)

Tradicionalmente, os contratos administrativos caracterizam-se por se submeterem a um regime jurídico administrativo próprio, em que a Administração Pública, obrigatoriamente uma das partes integrantes do instrumento contratual, detém prerrogativas públicas em relação ao particular contratante; e, em tese, sujeições, ao ter que alcançar e sujeitar-se ao interesse público.³

Exemplo clássico dessas prerrogativas contratuais são as cláusulas exorbitantes,⁴ as quais concedem à Administração não apenas a competência para fiscalizar o contrato e aplicar multas aos particulares, como também – e muito mais gravoso – a atribuição para alterar e rescindir unilateralmente as condições previamente pactuadas. Isto sem especificar o fato de que a Administração – submetida ao princípio da juridicidade – só está efetivamente submetida ao ordenamento, razão pela qual pode “desconsiderar”, embora prévia e expressamente pactuadas, cláusulas contratuais colidentes com a legislação vigente.

Evidente que tais características induzem uma série de consequências, destacando-se, dentre outras: a inobservância do princípio da igualdade entre os contratantes; a insegurança jurídica essencial na manutenção sadia de uma relação contratual, ante a permanente possibilidade de mudança súbita do que fora previamente pactuado; e, também, a restrição dos polos contratantes à Administração Pública, de um lado, e o particular, de outro.

³ A exposição das características tradicionais dos contratos administrativo são destacas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 273), ao apontar que os contratos administrativo, no sentido próprio e estrito, são apenas aqueles que abrangem “acordos de que a administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum, podem ser apontadas as seguintes características: 1. Presença da Administração Pública como Poder Público; 2. Finalidade pública; [...] 5. Natureza de Contrato de Adesão; [...] 7. Presença de Cláusulas exorbitantes”.

⁴ Em uma perspectiva crítica sobre a terminologia “cláusulas exorbitantes”, Vivian Valle (2016, p. 459) assevera que, por si só, o termo já permite entender o seu significado: tratam-se das cláusulas que “exorbitam do direito comum e concedem à Administração Pública uma posição privilegiada”.

No que se refere ao fato de a Administração ser a tutora do interesse público, deve-se lembrar que, na prática, são inúmeros os exemplos que revelam o contrário. Situações nas quais a Administração, justificando sua decisão sob o preceito do “interesse público”, atua no seu exclusivo interesse, transgredindo ao que realmente seria o interesse público primário daquela situação e, conseqüentemente, causando significativos prejuízos aos cidadãos e ao particular que com ela contratou. E isto porque “criou-se no Brasil, sobretudo na mentalidade da Administração e seus agentes, a ideia – ou, talvez, o pretexto – de que o reforço do poder da autoridade pública é sinônimo de garantia de respeito ao interesse público”. (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 230)

Diante de condições negociais como a ora exposta, em que prerrogativas conferidas à Administração são tão expressivas que a possibilitam a descumprir e a rescindir unilateralmente os contratos já aventados, sustenta-se que o contrato administrativo não pode ser definido como uma fonte de obrigações para a Administração, mas sim uma pactuação provisória a qual sujeita o seu cumprimento ao constante julgamento de conveniência e oportunidade pelo agente público.⁵ (MARQUES NETO, 2009, p. 76)

Nesta mesma direção facilmente se constata que “o funcionamento tradicional do Direito Administrativo, fundado em um ato administrativo arrogante, de súditos e imperadores, já não mais atende a todas as realidades discutidas nos contratos administrativos no cenário jurídico brasileiro” (VALLE, 2009, p. 451), ainda mais quando a doutrina pautada em uma Administração imperativa e agressiva, alicerçada em atos administrativos, mostra-se inadequada para envolver os fenômenos do Estado social e pós social. (VALLE, 2009, p. 456)

Observe-se, também, que o estabelecimento de prerrogativas à Administração não mais encontra amparo no ambiente do atual Estado Democrático de Direito. A sociedade detém prerrogativas para influenciar na decisão do Administrador público, sendo que a execução das políticas públicas, incluindo-se a gestão dos contratos necessários ao intento, não pode ficar à mercê da boa vontade do gestor público momentâneo.⁶ Trata-se de um movimento recíproco, em que “o pressuposto de atingimento dos fins do Estado passa agora pela cooperação mútua entre Estado e Sociedade, assim como essa cooperação passa a ser fundamento de legitimação democrática”. (VALLE, 2016, p. 462)

⁵ Desenvolvendo este raciocínio, o autor acrescenta que, somente com o advento da Lei nº 8.666/93, permitiu-se ao particular suspender a execução do contrato em face de mora da Administração no cumprimento de suas obrigações. Relembra, no entanto, que essa possibilidade de suspensão precederia ao atraso de, pelo menos, 90 dias e não seria aplicado a todos os contratos administrativos. (MARQUES NETO, 2009, p. 77).

⁶ A autora do presente artigo desenvolveu o tema sobre a necessidade de participação do particular na esfera administrativa, em SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Participação popular na Administração Pública*. O direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Mostra-se incontestável que tais prerrogativas, mesmo que estejam estruturadas sobre o objetivo de se alcançar o interesse público, não guardam respaldo no Estado Democrático e Social de Direito.⁷ A uma, porque tal sistema caracteriza-se por estar inserido em ambiente político-jurídico onde prevalece o diálogo entre a sociedade e a Administração; a duas, porque é amplo o rol de direitos fundamentais que devem ser promovidos pelo Poder Público – a grande maioria pela prestação de serviço público –, os quais requerem uma atuação dialogada entre a Administração Pública e os particulares ou entre os próprios Entes federativos para a sua concretização.

Com efeito, é exatamente esse regime jurídico mencionado – o qual, quando não corretamente manejado coloca a Administração em posição superior ao particular e, por isso, dificulta a execução eficiente do objeto contratado – que está sendo substituído pelo modelo consensual e negocial. Essa alteração consiste em “uma Virada Paradigmática do Regime Jurídico Administrativo”. (VALLE, 2016, p. 461) A Administração unilateral fundada em prerrogativas contratuais unilaterais cede espaço à Administração consensual, a qual preza pela busca de soluções negociadas e conta com a participação do setor privado na efetivação das atividades públicas. (MOREIRA NETO, 1998, p. 43)

Adverte-se que a relativização das potestades da Administração, por meios negociais, não é uma questão de fácil resolução no regime juspublicista. Muito pelo contrário, “a negociação das prerrogativas corresponde a ponto sensível do direito administrativo, pois remete à questão da indisponibilidade do interesse público ao determinar concessões recíprocas entre as partes negociantes pública e privada”. (PALMA, 2015, p. 113)

Nessa esteira, defende-se o posicionamento de Vivian Valle (2016, p. 452), a qual leciona que a negociação das prerrogativas da administração não se caracteriza pela flexibilização ou pela extinção dessas potestades, eis que ainda permanecerá a obrigatoriedade de compatibilização desse novo paradigma com o Estado Democrático de Direito, o Regime Jurídico Administrativo e o Interesse público. Cuida-se, em verdade, de “um deslocamento do eixo da autoridade para consensualidade”, onde as prerrogativas públicas são reposicionadas a uma condição subsidiária, em contraste a postura negocial prévia à edição dos seus atos. (VALLE, 2016, p. 458)

O entendimento do que seria “administração consensual” perpassa pela análise do termo consensualidade, podendo ser classificada, em conformidade com a extensão conferida

⁷ Posicionamento este praticamente unânime na doutrina, a qual, a exemplo de BONAVIDES (1996, p. 336), o qual assinala que a Constituição de 1988 é “em muitas das suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado Social”.

ao conceito, em ampla, amplíssima e a restrita do conceito, conforme classificação proposta e definida por Juliana B. de Palma. (2015, p. 110-111)

Diante dessa classificação, é o sentido amplo do conceito que abrange os contratos intragovernamentais, ou seja, os contratos aventados entre entes, entidades ou órgãos da própria Administração.⁸ Já o conceito amplíssimo é aquele que engloba participação do particular no procedimento,⁹ a exemplo do Procedimento de Manifestação de Interesse. Por sua vez, o sentido restrito caracteriza por ser uma “técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos entre Administração Pública e administrado são firmados com vistas à terminação consensual no processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade (prerrogativas públicas)” (PALMA, 2015, p. 111-112), sempre se observando a realocação das potestades públicas para posição subsidiária.

Para o fim que se propõe esse trabalho – estudar os instrumentos que permitem os entes municipais a cooperarem e promoverem conjuntamente o serviço público de saneamento básico –, não se deve adotar de modo estanque apenas uma das categorias supra, mas utilizá-las em combinação, especialmente no que se referem às categorias amplíssimas e ampla do conceito.

Chancela-se, assim, a conclusão exposta por Palma (2015, p. 112), a qual, após inferir que a consensualidade é composta pelos elementos *viés cidadão* e *viés pragmático*, expõe que os acordos administrativos “consistem em efetivas válvulas de escape a determinadas disfuncionalidades da atuação administrativa típica, de forma que a atuação concertada pela Administração pode se mostrar mais eficiente no caso concreto quando comparada com os provimentos imperativos e unilaterais”.

Evidente, dessa forma, que a utilização de técnica de gestão pautada na consensualidade não se efetiva com a utilização dos modelos contratuais tradicionais, impondo-se “a necessidade de modelos mais flexíveis e adaptáveis às múltiplas circunstâncias da atuação estatal”. (MARQUES NETO, 2009, p. 79) A utilização desses modelos contratuais adaptáveis ao caso concreto, que passa a balizar a nova racionalidade publicista, beneficia tanto a Administração, quanto os cidadãos, uma vez que a atuação do Poder público se torna consideravelmente mais eficiente (eficiência na promoção e cumprimento dos interesses públicos) e democrática (melhor atendimento às necessidades e os anseios dos cidadãos). Para

⁸ No sentido amplo a “consensualidade corresponde a qualquer forma de acordo de vontades da Administração Pública, abrangendo indistintamente acordos judiciais, acordos intragovernamentais e os contratos administrativos em geral”. (PALMA, 2015, p. 110).

⁹ No sentido *amplíssimo*, a consensualidade caracteriza-se pela abertura dos procedimentos pela administração para que o particular possa participar, a exemplo dos instrumentos participativos, consultas públicas e audiências. (PALMA, 2015, p. 110)

isso, no entanto, “o Direito Administrativo precisa se libertar das fórmulas construídas no Século XIX e XX”. (VALLE, 2016, p. 469).

Dessa forma, a fim de verificar como o emprego desse novo paradigma é capaz de induzir os Entes públicos a implementarem os serviços de saneamento básico conjuntamente, faz-se imperioso tecer algumas considerações sobre a Lei Federal nº 11.445/07 e o correlato Decreto regulamentador, as quais serão expostas no item que segue.

3. O REGIME JURÍDICO DO SANEAMENTO BÁSICO DELIMITADO PELA LEI 11.445/07 E DECRETO 7.217/10: IMPORTANTES CONTRIBUIÇÕES NORMATIVAS

Em janeiro de 2007 foi promulgada a Lei Federal nº 11.445, mais conhecida como Lei Nacional do Saneamento Básico ou LNSB, tendo por objetivo estabelecer as diretrizes normativas nacionais para a promoção do saneamento básico.¹⁰ A norma também revogou a Lei nº 6.528/78, a qual, conjuntamente com diversos planos de saneamento básico editados desde a década de 70 – a saber, o Planasma e, já na década de 90, o Funasa¹¹ – regulava as condições concernentes às tarifas e possibilitava a prestação do serviço de saneamento básico.

É dizer, o escopo do marco regulatório era sistematizar, a partir de parâmetros gerais, o setor de saneamento, eis que, até então, o planejamento nacional se restringia a *planos* momentâneos e leis esparsas. Planos esses que, aliás, eram constantemente revistos e alterados, o que não conferia segurança jurídica indispensável à implantação do custoso sistema de saneamento e, nem mesmo, possuíam força coercitiva necessária a obrigar os Entes federativos a promoverem adequadamente o serviço nos seus respectivos territórios.

Considerada como o marco regulatório do setor, não restam dúvidas que a LNSB, ao estabelecer o regramento geral à promoção do serviço em análise – delimitando os princípios norteadores, as regras inerentes ao planejamento e os aspectos econômicos, técnicos e sociais – “veio preencher sensíveis lacunas legislativas, porquanto faltava, no setor de saneamento básico, uma norma federal transitiva direta que viesse ordenar, sistematizar e efetivar a universalização e integralização do acesso a tais serviços e fruições”. (MOTTA, 2009, p. 109)

¹⁰ O estabelecimento de diretrizes nacionais pela União tem como substrato normativo o inciso XX, artigo 21, da Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo confere à União a competência para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

¹¹ Sobre a trajetória histórica do saneamento básico no Brasil, interessante o trabalho elaborado por Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2011, p. 16-30), o qual analisa, descrevendo a sua evolução, todas as políticas públicas de saneamento implantadas no Brasil desde metade do século XIX até a edição da Lei 11.445/07.

Destaca-se da referida legislação, a definição do termo “saneamento básico”, bem como a indicação de quais atividades estariam abrangidas por esse serviço público.¹² Nessa esteira, retira-se da leitura conjunta do artigo 3º, *caput*, e das respectivas alíneas do inciso I (BRASIL, Lei 11.445/07), que o *saneamento básico* consiste nos serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, além de drenagem e manejo das águas pluviais.

Conquanto a lei tenha adotado “um conceito formal das atividades de saneamento”, ela não deixou de conferir também um sentido material: entretanto, este não está expressamente definido e possui definição mais ampla ao abarcar “a questão ambiental, de saúde pública e econômica, além de ser um instrumento para concretização de princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”. (FORTINI; ROCHA, 2009, p. 138)

Por outro lado, a LNSB também definiu quais atividades não constituem como sendo serviço de saneamento básico. Veja-se que o artigo 5º é categórico ao apontar que não constitui nas atividades disciplinas pela lei “a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços, bem como as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador”. (BRASIL, Lei 11.445/07)

Essa definição negativa das atividades que não compreendem a atividade pública de saneamento, na *praxe*, tem significado expressivo, uma vez que exclui das atividades inerentes à política pública as soluções individuais (a exemplo dos poços artesianos e das fossas sépticas residenciais) e as atividades de manejo de resíduos cuja responsabilidade seja estritamente privada.

Nessa mesma direção, o artigo 4º, *caput* e parágrafo único, dispõe que os recursos hídricos também não integram os serviços de saneamento básico, já que a utilização destes para a prestação dos serviços, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, está condicionada à outorga de direito do seu uso pela autoridade competente.¹³

Diante da definição legal conferida ao conceito, mormente pela definição formal positiva, não se abre espaço para interpretação diversa do que seria e de quais atividades

¹² Sob a perspectiva prestacional do termo, serviço público caracteriza-se por ser “o instituto que, por excelência, permite ao Estado desempenhar atividades que assegurem a efetividade dos direitos sociais” (SCHIER, 2016, p. 170).

¹³ Trata-se de um controle ambiental interessante, já que o regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos não só possui como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água, como também “está condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos” – nos termos dos artigos 11 e 13 da Lei Federal 9.433/97, a qual institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

estariam abrangidas pelo termo serviço de saneamento básico. Dirimiu-se uma dúvida categórica que permeava não só os estudiosos da área, mas também os atores públicos e privados que atuam nesse segmento, já que antes da edição do marco regulatório inexistia uma definição precisa sobre quais atividades estariam abrangidas pelo termo *saneamento básico*.

Contribuição de idêntica importância do marco regulatório do saneamento básico concerne-se à indicação dos princípios norteadores da promoção desse serviço público, os quais alcançam todas as etapas, desde a elaboração do plano de saneamento básico, o planejamento, até a prestação e disponibilização propriamente dita do serviço aos cidadãos. E para que não haja qualquer dúvida sobre o caráter de norte interpretativo incidente sobre as demais disposições da lei, tais princípios foram expressamente disciplinados ao longo no artigo 2º da norma em comento.¹⁴

E dentre os princípios disciplinados, o princípio da “universalização do acesso” (art. 2º, inciso I, LNSB) é o que merece maior destaque. Isto porque a universalização dos serviços básicos de saneamento é corolário de diversos direitos fundamentais garantidos ao cidadão pela Constituição de 1988, dentre os quais o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente equilibrado, bem como é um dos pressupostos – havendo relação direta¹⁵ – para a promoção da dignidade da pessoa humana.

Diante de importância tão expressiva do saneamento básico no ordenamento jurídico, caracterizando-se até mesmo por ser um direito fundamental social,¹⁶ o princípio da universalização é legalmente definido (art. 2º, inciso III, LNSB) como sendo “a ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico”. Trata-se de objeto de suma importância, já que tem por escopo garantir a ampliação constante do serviço, progressivamente, até que a integralidade das residências sejam contempladas.

Outra característica justifica conferir importância ao princípio da universalização: trata-se de uma ordem emanada ao Poder Público no sentido de promover – cuida-se de um dever, portanto – as metas de ampliação do serviço expressamente previstas no plano de saneamento. É dizer: tem-se que o princípio da universalização do acesso “expressa direito de todo ser humano, em qualquer ponto do território nacional, ter acesso efetivo aos serviços públicos de saneamento básico e o dever do Poder Público de assegurá-los concretamente” (LOMAR, 2007, p. 15)

¹⁴ O conteúdo normativo referente aos princípios foi identicamente replicado no artigo 3º do Decreto Federal nº 7217/10, o qual regulamentou no 11.445/07.

¹⁵ Taiane Lobato de Castro (2011, p. 56) aponta que é notável ainda a relação direta da universalização do acesso com o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶ Consoante assevera Paulo José Vilela Lomar (2007, p. 15), “trata-se de um direito fundamental de natureza social que exige a prestação ativa por parte do Poder Público para seu atendimento”.

A elaboração de plano de saneamento básico, pelo titular do serviço, caracteriza-se por ser outro elemento de significativa importância o qual foi inserido no ordenamento com a edição da LNSB. O desenvolvimento do *Plano de Saneamento* é etapa obrigatória do processo de planejamento da política pública (art. 9º da LNSB e art. 24, inciso I, do Decreto regulamentador), bem como condiciona a validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico (art. 11, inciso I, da LNSB). Importante ressaltar que a União, desde 2014, só é autorizada a repassar verbas federais para os Entes que possuam, individual ou coletivamente, plano de saneamento básico.

A obrigatoriedade de elaboração do plano configura-se instrumento apto a garantir segurança jurídica necessária a todos os atores envolvidos, incluindo-se aqueles cidadãos que serão beneficiados pelo serviço (perspectiva da ampliação do serviço para o seu logradouro, por exemplo), como também os demais envolvidos na promoção do serviço, isto é, o ente titular, o agente regulador e o prestador em sentido estrito.

A segurança jurídica na relação entre os atores envolvidos é a principal consequência que se extrai da natureza normativa do plano. O plano formaliza-se em “norma jurídica e, por conseguinte, apresenta conteúdo e forma, que devem atender às exigências depreendidas da Lei 11.445/07 e Decreto 7.217/10”. (OLIVEIRA, 2011, p. 248). Diante desse *enforcement* normativo, o plano acaba por vincular tanto o Poder Público quanto os prestadores do serviço, fazendo com que todos os atores envolvidos na promoção do saneamento se submetam aos objetivos, as metas, as ações e aos projetos inseridos no plano, conforme se extrai do conteúdo disposto no art. 19, §6º, da LNSB¹⁷ e do art. 25, §5º, do Decreto regulamentador.¹⁸

Observe-se que, antes da recém-publicada da Medida Provisória nº 844, de julho de 2018,¹⁹ a competência para elaboração do Plano em questão era indelegável, sendo exclusiva do ente titular. Além da atividade de Planejamento não estar expressamente discriminada no mencionado artigo, tratava-se de vedação expressa, conforme se depreende da leitura conjunta dos art 19, §1º, da LNSB,²⁰ não restando dúvidas sobre quem recaia competência para elaborar e revisar²¹ os planos de saneamento básico.

¹⁷ O Art 19, § 6º assim dispõe: “A delegação de serviço de saneamento básico não dispensa o cumprimento pelo prestador do respectivo plano de saneamento básico em vigor à época da delegação”. (BRASIL, Lei 11.445/07)

¹⁸ Art. 25, § 5º, preceitua: “O disposto no plano de saneamento básico é vinculante para o Poder Público que o elaborou e para os delegatários dos serviços públicos de saneamento básico”. (BRASIL, Decreto 7.217/10)

¹⁹ A recém editada MP nº 844/2018, reestruturou as condições centrais para a promoção do saneamento básico no Brasil a partir da atualização do marco legal do saneamento básico. (Lei 11.445/07)

²⁰ Art. 19, § 1º, prescreve que: “os planos de saneamento básico serão editados pelos titulares, podendo ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço”. (BRASIL, Lei 11.445/07)

²¹ Consoante prescreve o §4º, do art. 19, “os planos de saneamento básico serão revistos periodicamente, em prazo não superior a 4 (quatro) anos, anteriormente à elaboração do Plano Plurianual”. (BRASIL, Lei 11.445/07)

No entanto, esta restrição referente ao planejamento ficava em oposição à prestação regionalizada proposta pela LNSB. Nesse contexto, uma das principais alterações legislativas propostas pela mencionada Medida Provisória foi a de permitir a elaboração de planos regionais por um conjunto de entes municipais. Para isso, a MP não apenas pormenorizou o conteúdo disposto no art. 17, ao disciplinar nos respectivos parágrafos, a prevalência do *plano regional* sobre os planos municipais individuais; como também alterou o 1º, do referido art. 19, a fim de autorizar a simples aprovação – e não a edição – pelos municípios envolvidos.

O planejamento se mostra ainda interessante em razão da correlação com os demais instrumentos e institutos inseridos pela LNSB. Nesse influxo, acolhe-se a interessante conclusão lecionada por José Roberto Pimenta (2011, p. 245), o qual condiciona a atividade de planejamento à da regulação e vice-e-versa. Para o autor, *a regulação pressupõe planejamento*, já que a primeira se “efetua conforme as diretrizes jurídicas determinantes do Plano”; por sua vez, *o planejamento pressupõe regulação*, visto que, “através do válido exercício da atividade regulatória, o Poder Público obterá as informações necessárias a desencadear a atividade reviso do Plano”. (OLIVEIRA, 2011, p. 245)

A pormenorização normativa concernente à regulação do setor de saneamento básico apresenta-se como outra importante contribuição inserida pela LNSB.²² E são dois os principais motivos que permitem assegurar isso.

O primeiro alude-se à independência decisória da entidade reguladora. Essa independência caracteriza-se por ser um dos princípios basilares da função reguladora e, consoante previsto no art. 21, *caput* e inciso I, tem como corolário do seu conteúdo a garantia da autonomia administrativa, orçamentária e financeira, do ente regulador. Isto é: a entidade responsável pela regulação detém a prerrogativa de proferir suas decisões sem sofrer influência dos demais atores envolvidos na prestação do serviço, seja ele o ente titular ou o prestador do serviço, quando a prestação for realizada indiretamente por aquele.

E para que seja possível a realização dessa independência, faz-se imperioso que a entidade disponha tanto de uma gerência administrativa autônoma – blindada, portanto, de ingerências externas, especialmente as políticas –, como também recursos orçamentários próprios suficientes a possibilitar, sem qualquer necessidade de assistência financeira externa, o cumprimento de seus deveres institucionais

²² Embora existam diversas definições doutrinárias para o termo *Regulação*, o Decreto Regulamentador 7.214/10, no seu art. 2º, inciso II, define-a como sendo “todo e qualquer ato que discipline ou 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, para atingir os objetivos do art. 27”.

A importância da independência decisória também é facilmente constatada quando se analisa a complexidade do serviço de saneamento, sendo diversas as demandas (etapas, atores, interesses diversos) que circundam a prestação do serviço e não podem ficar sob a responsabilidade de um único ator. E isto decorre da natureza da própria atividade reguladora, a qual não só compreende a elaboração do arcabouço jurídico relativo às dimensões técnica, econômica e social da prestação dos serviços,²³ como também abrange a atribuição de fiscalizar e aplicar sanções sobre o prestador.²⁴

Sabe-se que é amplo o rol de atribuições que constituem os objetivos das entidades reguladoras, os quais compreendem, sem prejuízos de outros: o estabelecimento de padrões e normas para a adequada prestação dos serviços, a garantia do cumprimento das condições e metas estabelecidas, além da definição de tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária.²⁵

O marco regulatório, nesse influxo, proíbe que o prestador do serviço também o regule, sob pena de restar reduzida a zero a eficácia resultante do exercício da regulação.²⁶ São diversas as etapas inerentes à regulação as quais são incompatíveis com a prestação propriamente dita, a saber: fiscalização acerca da execução (ou não) das ações previstas no Plano de Saneamento, com o cumprimento da meta de universalização; a elaboração de diversas definições técnicas relativas à quantidade, regularidade e qualidade dos serviços prestados; deliberação acerca das tarifas e de cada reajuste; a aplicação de sanções quando forem constatadas violações regulamentares. Para todas essas ações, inexistiria sentido – o que tornaria totalmente ineficaz – se a regulação fosse exercida pela própria entidade prestadora.

Já o segundo motivo se refere à possibilidade de o ente titular do serviço “delegar” a atividade de regulação a outra entidade da Administração ou, até mesmo, mesmo a Consórcio Público, conforme expressa autorização do art. 8º, da LNSB. Nesse mesmo sentido, o §1º, do

²³ O Art. 23, *caput*, assim dispõe: “a entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:”. (BRASIL, Lei 11.445/07)

²⁴ O art. 23, § 3º, preceitua: “as entidades fiscalizadoras deverão receber e se manifestar conclusivamente sobre as reclamações que, a juízo do interessado, não tenham sido suficientemente atendidas pelos prestadores dos serviços”. (BRASIL, Lei 11.445/07)

²⁵ A positivação dos objetivos da *regulação* no art. 22 da legislação em comento, ao delimitar precisamente quais são as atividades que devem ser buscadas pelos agentes reguladores, mostrou-se de grande importância, visto que: de um lado, centraliza o esforço financeiro e pessoal das agências naqueles objetivos lá indicados; e, do outro lado, diminui significativamente a margem de arbitrariedade destas perante os prestadores do serviço, especialmente, o prestador privado do serviço.

²⁶ Ao analisar o inciso IV, art. 2º, do referido Decreto regulamentador, Thiago Alves Chievo (2011, p. 195) assevera que o diploma, ao definir o termo regulamentação, “confirmou que a lei pretendeu extinguir a figura da autorregulação”.

art. 21,²⁷ vai além, ao especificar que a delegação poderá ser realizada “pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas”. (BRASIL, Lei 11.445/07) Tal permissão legal tem por escopo possibilitar que a regulação realmente cumpra, a partir do afastamento da entidade reguladora da estrutura administrativa municipal, os seus objetivos de modo independente e com a autonomia necessária para tanto.

Por fim, outro instituto de significativa importância previsto na lei em estudo, consiste na possibilidade de o saneamento básico ser prestado conjuntamente pelos entes federativos titulares do serviço – *in casu*, os Municípios. Para tanto, a legislação não apenas conferiu um capítulo próprio para disciplinar a questão, como também inseriu inúmeras diretrizes espalhadas ao longo do texto legal. E é essa a temática – possibilidade de os entes federativos promoverem de modo cooperado e regionalizado o serviço de saneamento básico – que versará o próximo item

4. A IMPLEMENTAÇÃO REGIONALIZADA DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO: HIPÓTESES DE PRESTAÇÃO A PARTIR DA GESTÃO ASSOCIADA

A importância de um marco regulatório que confira os contornos normativos gerais à prestação regionalizada do serviço público de saneamento tem por escopo a própria essência desse ramo, caracterizado por ser tecnicamente complexo e financeiramente oneroso. Tais características são consequências de dificuldades que decorrem tanto da falta de *know-how* (obstáculos concernentes à capacitação técnica, jurídica, humana e, até mesmo, de equipamentos), quanto do seu elevadíssimo custo financeiro.

Desses obstáculos originam-se as principais justificativas para que diversos municípios brasileiros deixem de promover o saneamento em seus territórios, alcançando-se, em alguns casos, a circunstância de sequer possuírem um Plano municipal de saneamento básico.²⁸

Verifica-se uma grave violação do ordenamento constitucional e à legislação setorial, uma vez que, consoante supramencionado, a promoção do saneamento básico não só constituiu

²⁷ Tratando-se de uma característica inerente à atuação das agências regulatórias, a mencionada MP 844/2018 não alterou ou suprimiu o conteúdo do art. 21.

²⁸ Estudo do Instituto Trata Brasil (2017), com base nos dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, concluiu que, após 10 anos da promulgação da LNSB, “apenas 1.693 (30%) realizaram seus Planos Municipais (...). Os únicos três estados onde mais de 50% dos municípios fizeram seus PMSB foram Santa Catarina (86%), São Paulo (64%) e Rio Grande do Sul (54%)”.

um dever constitucional, como também consiste em um direito fundamental dos cidadãos. Diante dessas circunstâncias é que a LNSB objetivou incentivar a gestão associada do serviço pelos entes federativos, permitindo que estes, ao cooperarem entre si, coloquem efetivamente à disposição dos cidadãos os serviços de saneamento.

Antes de avançar, entende-se que o exame das características da Administração Pública cooperada, mormente no que tange a atuação conjunta entre entes federativos, pressupõe uma abordagem do pressuposto dessa relação, qual seja: o Federalismo de cooperação.

O cooperativismo federalista possui como premissa a incapacidade de os entes políticos de, isoladamente, planejarem e implementarem as políticas públicas necessárias ao cumprimento das competências que lhes foram outorgadas pela Constituição Federal. E, no caso do Brasil, esta incapacidade se refere especialmente aos Municípios, porquanto grande parcela destes não possui receita orçamentária própria mínima para, nem ao menos, manter a estrutura estatal local,²⁹ quem dera para a consecução mínima das competências constitucionais.

E, ao se examinar as competências conferidas pela Constituição Federal a cada ente federativo,³⁰ observa-se que foi exatamente esse sistema que o constituinte de 1988 prezou por recepcionar e estruturar no texto Constitucional, com o objetivo claro de permitir a conjugação destes na concretização dos direitos e na efetivação das demandas oriundas da sociedade contemporânea. Nesse cenário, o federalismo de cooperação apresenta-se como sendo a união de esforços dos entes federados na direção de atingirem objetivos comuns, promovendo-os cidadãos de modo mais eficiente e adequado aos cidadãos.³¹

No ordenamento jurídico nacional, apenas com as alterações constitucionais proporcionadas pela promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98 e com a redação conferida ao art. 241, é que a atual Constituição passou a possibilitar, com grau de segurança jurídica desejável, a possibilidade Entes federativos gerirem coordenadamente os serviços

²⁹ Segundo o Incide FIRJAN de Gestão Fiscal de 2017, ano-base 2016, “dos 4.544 municípios analisados, 3.905 (85,9%) apresentaram situação fiscal difícil ou crítica (Conceito C ou D no IFGF), apenas 626 (13,8%) boa situação fiscal (Conceito B) e tão somente 13 (0,3%) excelente situação fiscal (Conceito A). Assim, 2016 foi o ano com o maior percentual de prefeituras em situação fiscal difícil e com o menor número em situação excelente de toda a série do IFGF, iniciada em 2006”. (FIRJAN, 2017).

³⁰ Tais competências compreendem as materiais e as legislativas atribuídas a cada ente da federação, as quais podem ser divididas e classificadas em: (a) horizontais, as quais compreendem as competências exclusivas (material) e privativas (legislativa) de cada ente federal; e (b) verticais, abrangendo as competências comuns (materiais) e concorrentes (legislativas).

³¹ A lei 9784/95, no seu artigo 6º, §1º caracteriza o serviço público adequado como sendo aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. (BRASIL, Lei 9.784/95). Ainda sobre o tema, ver: *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição do retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 172.

públicos.³² O dispositivo em comento prescreve que é de competência dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) disciplinar “por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. (BRASIL, Constituição Federal de 1988)

Outrossim, são diversas as vantagens que a atuação conjunta dos entes políticos pode proporcionar aos administrados, apontando-se, dentre outras, a “racionalização do uso dos recursos existentes, destinados ao planejamento, programação e execução de objetivos de interesse comuns, (...) a instrumentalização da promoção do desenvolvimento local, regional e nacional”. (MEDAUAR; OLIVEIRA, 2006, p. 23) Os autores ainda destacam como outra vantagem inerente a conjugação de esforços, a possibilidade do atendimento das necessidades da população que, diante de um quadro de escassez de recursos, não seriam realizadas. (MEDAUAR; OLIVEIRA, 2006, p. 23)

Por sua vez, Gilberto Bercovici (2003, p. 157), ao descrever sobre a importância dos instrumentos jurídicos cooperativos, destaca que a utilização destes instrumentos pretende “buscar resultados unitários e uniformizados sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade”.

Observe-se, portanto, que o modelo de cooperação administrativa, especialmente no que tange à celebração de instrumentos contratuais entre entes administrativos, pressupõe como base normativa um sistema pautado no federalismo de cooperação.

E é exatamente esse pressuposto cooperativista objetivado pela Lei 11.445/07, ao estruturar a prestação regionalizada dos serviços de saneamento por meio da combinação de hodiernos instrumentos contratuais. Perceba-se que o art. 3º, inciso II, conceitua o termo *gestão associada*, ao defini-la como sendo a “associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal”. (BRASIL, Lei 11.445/07)

A compreensão do conceito legal precisa ser conjugada com a regulamentação a ele conferida. Trata-se do art. 2º, IX, do Decreto Federal nº 6.017/07, o qual estabeleceu que a gestão associada compreende “exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação

³² Refere-se à “grau de segurança jurídica desejável” pelo fato de que a hermenêutica compreende que a cooperação entre os entes políticos decorre da natureza do atual Estado Federal, uma vez que “faz parte da própria concepção de federalismo esta colaboração mútua”. (BERCOVICI, 2003, p. 150)

entre entes federados”, podendo ser “acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

Extraí-se dos dispositivos supra que gestão associada não se confunde com a simples prestação do serviço (ou também, prestação propriamente dita): o primeiro é gênero e o segundo espécie, o que não impede que a gestão associada seja acompanhada da prestação do serviço. Até por isso, a própria LNSB dividiu as atividades que podem integrar a gestão associada em duas vertentes: as atividades de regulação e fiscalização (art. 15) e a prestação, propriamente dita, dos serviços (art. 16).³³

Nessa esteira, a gestão associada para as atividades de organização, regulação e fiscalização, pode ser empreendida ou por meio da celebração de convênios de cooperação entre os entes ou pela formação de consórcios públicos,³⁴ consoante indica o artigo 15, da legislação em estudo. A dicção legal não confere outra opção: a decisão do ente federativo “pela associação, pode ser feita por meio de um desses dois novos instrumentos”, conforme destaca Vera Monteiro (2009, p. 287). Entretanto, a gestão associada para fins de prestação regionalizada condiciona-se à celebração de contrato,³⁵ diferente das outras atividades integrantes da gestão, as quais podem ser realizadas via convênios interfederativos.

Cabe mencionar que a legislação atribuiu à prestação regionalizada do serviço de saneamento três características que, independentemente do arranjo contratual utilizado para executar essa prestação regional, deverão ser observadas. Tais características encontram-se dispostas nos incisos do art. 14 e compreendem: (a) um único prestador do serviço para vários Municípios, contíguos ou não; (b) uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração; (b) compatibilidade de planejamento.

Indo avante, no que concerne à prestação propriamente dita, a LNSB, no seu art. 16, permite que a realização do serviço de saneamento seja desempenhada de duas maneiras: ou a prestação é delegada (art. 8) a “órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público,

³³ A leitura desse dispositivo precisa ser conjugada com o art. 2º, IX, do Decreto Federal 6.017/07, o qual definiu a gestão associada como sendo: “exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

³⁴ Trata-se de disjunção exclusiva. Isto porque, consoante ensina Vera Monteiro (2009, p. 287), ambos os instrumentos contratuais objetivam a promoção da gestão associada de serviços públicos e, por essa razão, cumprem a mesma função.

³⁵ Nesse sentido, atente-se para o art. 10, da Lei 11.445/07, o qual ordena que “a prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária”.

empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação” (inciso I) ou “empresa a que se tenham concedido os serviços” (inciso II).

Na primeira hipótese o ente titular, para “delegar”, precisa formalizar a transferência da prestação por meio da celebração de contrato de programa. Trata-se de instrumento contratual, inserido pelo art. 13, *caput*, da Lei 11.105/07, o qual possui como objeto a construção e a estruturação das “obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada”.

Noutros termos, a transferência da prestação do serviço pelo seu titular a outro ente da Federação (compreendendo a administração direta ou indireta deste) ou consórcio público, depende da celebração de contrato de programa específico para esse fim. Até porque, como mencionado, é exatamente o contrato de programa o instrumento previsto no ordenamento jurídico que permite a transferência da prestação de serviços públicos entre entes da Administração direta ou indireta.

Já em relação à segunda hipótese, o ente titular poderá delegar o serviço, mediante contrato de concessão ao setor privado. Trata-se da clássica classificação de prestação indireta do serviço, constitucionalmente prevista no art. 175 da Constituição Federal. Nessa opção, a prestação do serviço estará regulada especificamente por meio da Lei 8.987/95, se for a delegação realizada por meio de concessão comum; ou, somando-se àquela, pela lei 11.079/04, se for o caso de concessão patrocinada.³⁶

Essa segunda opção mostra-se muito vantajosa, especialmente quando a prestação regionalizada incide sobre municípios mais carentes. É nesse sentido que leciona Camila Pezzino Balaniuc Dantas (2009, p. 75), ao asseverar que a “atração do capital privado para investimentos na melhoria e ampliação da infraestrutura, em uma época de recursos públicos escassos e comprometidos com o pagamento de dívidas, constitui excelente oportunidade de desenvolvimento econômico dos Municípios mais carentes”.

De pronta análise, estas seriam as duas hipóteses legais de transferência da prestação regionalizada do serviço de saneamento: via contrato de programa ou concessão de serviço público. Sucede-se que diversos outros arranjos contratuais podem ser realizados, ampliando significativamente as hipóteses acima demonstradas. Refere-se à possibilidade de se autorizar

³⁶ O texto da Lei 11.079/04, no seu art. 2º, § 1º, é preciso ao definir a concessão patrocinada como sendo a concessão prevista na lei 8.789/95 – concessão de serviços públicos ou obras públicas – quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (artigo 2º, §1º). Entende-se financeiramente inviável a celebração de concessões administrativas, já que esta modalidade contratual possui como principal característica o fato de a remuneração do parceiro privado ser custeada exclusivamente pela Administração contratante.

o ente/entidade público, incumbido pela gestão associada, a subdelegar a prestação do serviço. Com efeito, abrem-se duas outras alternativas de prestação cooperada.

A primeira concerne-se à hipótese de ter a entidade pública, a qual assumiu a gestão do saneamento básico de determinado município, autorização para “subdelegar” a prestação. Nessa hipótese, ela poderá transferir para outro ente/entidade da administração, por meio da celebração de contrato de programa, a execução do serviço. Como exemplo, imagina-se a situação de um consórcio intermunicipal competente para planejar e gerir o serviço de saneamento, no território dos entes que o criaram, e para prestar o serviço contrata – via contrato de programa – empresa estadual de saneamento.

No mesmo sentido, aplicam-se as mesmas considerações tecidas à hipótese de delegação do serviço público à iniciativa privada. Isto é, na gestão associada do serviço, possuindo o ente ou a entidade pública responsável pela gestão do saneamento a competência para delegar a prestação do serviço a particulares, esta poderá ser realizada com o setor privado mediante concessões.

Quanto a essa segunda suposição, atente-se para a situação, exemplificativa, em que um consórcio público recebeu a delegação para gestão do saneamento básico, no território dos entes que o criaram, e também foi autorizado a delegar a prestação ao setor privado.³⁷ Aos consórcios públicos, quando instituídos sob a natureza jurídica de direito público,³⁸ são permitidas outorgas de concessões. Possuindo essa competência e havendo prévia autorização para realizar a subdelegação, poderá o Consórcio transferir a prestação do serviço, sempre mediante contrato de concessão, ao setor privado.

Quando analisada sob o prisma da prestação regionalizada, a Lei 11.445/07 autoriza que sejam estruturados inúmeros arranjos contratuais para o fim de instrumentalizar a organização e implementação, conjuntamente entre entes federativos, o serviço de saneamento nas correspondentes áreas territoriais.

Deixar de promover este serviço fundamental aos cidadãos, sob a escusa de inexistir meios jurídicos, condições técnicas, humanas e financeiros para tanto, configura-se conduta que

³⁷ A Lei 11.107/05, no seu artigo 2º, § 3º, estabelece a possibilidade de Consórcios Públicos outorgarem concessões, permissões ou autorizações de obras ou serviços públicos, bastando para isto a previsão de autorização no contrato de consórcios. Egon Bochmann Moreira (2010, p. 84), nesse sentido, leciona que “o consórcio público pode figurar como concedente num contrato de concessão de serviço público”.

³⁸ Asseverando acerca da natureza jurídica dos Consórcios Públicos instituídos como associações públicas (ou seja, sob a personalidade jurídica de direito público), Egon Bochmann Moreira (2010, p. 84) é enfático ao afirmar que, “caso o consórcio dirija-se a finalidade públicas em sentido estrito, a exigir o manejo de potestades públicas, deverá ser constituído sob a forma de associação pública [...]. Somente esta figura pode receber atribuição legal para a futura outorga de concessão, permissão ou autorização de serviço público”.

atenta contra o direito fundamental dos cidadãos, eis que são diversos os arranjos contratuais autorizados pela LNSB passíveis de, a partir da conjugação de esforços dos entes de determinada região, promover adequadamente os serviços de saneamento básico.

Embora o marco regulatório do saneamento tenha sido promulgado há 10 anos, utilizou-se da combinação dos instrumentos contratuais mais modernos do ordenamento jurídico – os quais foram editadas sob o paradigma da cooperação e da contratação administrativa – a fim de conferir todo supedâneo normativo necessário para que os entes federativos organizem, planejem e adequadamente promovam o serviço de saneamento básico aos cidadãos. Verifica-se que a realização do princípio da universalização não se faz necessária a edição de um novo marco regulatório, o qual até poderia prejudicar os atuais contratos (sejam de programa ou de concessão) já em execução: basta, em verdade, a vontade política dos gestores públicos em imprimirem recursos financeiros e pessoais nessa direção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação do marco regulatório do saneamento básico, inseriu-se no ordenamento uma séria de definições e contribuições normativas as quais supriram lacunas existentes na legislação setorial. Dentre essas contribuições, destacam-se a definição das atividades que estão contempladas pelo conceito de saneamento básico, a inserção de importantes princípios – tais qual o princípio da universalização – e também a delimitação normativa das atividades que estão inseridas no conceito de gestão associada.

O presente trabalho demonstrou quais são os arranjos contratuais previstos pela Lei 11.445/07 passíveis de serem utilizados pelos entes municipais para implementar e promover, de modo cooperado e regionalizado, o serviço público de saneamento básico aos cidadãos. Apresentaram-se, para tanto, os pressupostos teóricos da Administração pública consensual, os quais, por certo, influenciaram na estruturação da LNSB, eis que não apenas autorizam, mas também incentivam a cooperação interfederativa.

Com efeito, os resultados provenientes de ações coordenadas pelos Entes federativos – uma verdadeira necessidade, no caso do saneamento básico, ante a insuficiência do serviço em grande parcela dos municípios brasileiros –, quando devidamente planejadas, reguladas e executadas, mostram-se mais eficientes no atendimento das necessidades dos cidadãos.

Nessa esteira, indicaram-se os inúmeros arranjos contratuais passíveis estruturar a prestação regionalizada do serviço de saneamento. Pelo fato de tais arranjos terem por supedâneo os instrumentos de cooperação e consensualidade mais modernos do ordenamento

jurídico nacional – indica-se, a Lei nº 11.107/05 (consórcios públicos), além das leis nº 8.987/95 (concessão comum) e nº 11.079/04 (concessão comum e patrocinada) – infere-se que a inexistência da prestação do serviço de saneamento não decorre de um marco regulatório frágil, mas sim da ausência de vontade dos gestores públicos.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 107, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CASTRO, Taiane Lobato de. Os princípios Legais do Saneamento Básico – uma análise do artigo 2º da Lei nº 11.445/07. In DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, p. 49-67, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. *Decreto Federal nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007*. Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm> Acesso em: 18 ago. 2018.

_____. *Decreto Federal nº 7.217, de 21 de junho de 2010*. Regulamenta a Lei no 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm> Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. *Medida Provisória nº 844/2018, 06 de julho de 2018*. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv844.htm#art4> Acesso em: 13 ago. 2018

_____. *Lei Federal nº 11.107/05, 06 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm> Acesso em: 06 ago. 2018

_____. *Lei Federal nº 11.445/05, 05 de janeiro de 2007*. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm> Acesso em: 10 ago. 2018.

CHIEVO, Thiago Alves. O papel dos consórcios públicos no setor de saneamento básico à Luz da Lei 11.445/2007 e do Decreto 7.217/10. In DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, p. 155-200, 2011.

DANTAS, Camila Pezzino BALANIUC. A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. In FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. (org.). *Saneamento básico: Estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007*. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 27-82, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. São Paulo: Atlas, 2013.

FIRJAN. *Incidência FIRJAN de Gestão Fiscal de 2017*. Ano-base 2016: recorte municipal. Disponível em: <<http://www.firjan.com.br/ifgf/>> Acesso em: 17/01/2018.

FORTINI, Cristiana; ROCHA, Rúsvel Beltrame. Consórcios públicos, contratos de programa e a lei de Saneamento. In FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. (org.). *Saneamento básico: Estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007*. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 137-156, 2009.

GROTTI, Dinorá Adelaine Musetti. A evolução jurídica do serviço público de saneamento básico. In DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, p. 15-48, 2011.

INSTITUTO TRATA BRASIL. *10 anos após a Lei do Saneamento, apenas 30% dos municípios brasileiros fizeram seus Planos Municipais de Saneamento Básico*. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/panorama-dos-pmbs/press-release.pdf>>

Acesso em: 23/01/2018

LOMAR, Paulo José Vilela. Dos princípios fundamentais. In: MUKAI, Toshio (Coord.). *Saneamento básico: diretrizes gerais. Comentário à Lei 11.445 de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos: comentários à lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quarter Latin, 2012.

MOREIRA, Egon Bochmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.974/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. Administração Pública gerencial. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 37 – 44, jul./dez. 1998.

MONTEIRO, Vera. Prestação do serviço de saneamento por meio da gestão associada entre entes federativos. In *Saneamento Básico: Estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007*. FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. (org.) Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 285-300, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. O saneamento básico no Brasil: desafios e perspectivas sob o prisma do direito administrativo aplicado. In *Saneamento Básico: Estudos e pareceres à luz da*

Lei nº 11.445/2007. FORTINI, Cristiana; PICININ, Juliana. (org.) Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 105-136, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, nº 32, abr./jun., p. 31-50, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do Serviço Público de Saneamento Básico na Lei 11.445/07 e Decreto 7.172/10. In DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, p. 49-67, 2011

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Participação popular na Administração Pública*. O direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

_____. *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição do retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. In GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Ithala. 2016.

Encaminhado em 16/11/18
Aprovado em 04/03/18