

Regulação e Saneamento na Lei Federal nº 11.445/07

Ana Carolina C. Hohmann¹

RESUMO: O artigo tem como proposta a análise do marco regulatório do saneamento básico instituído pela Lei federal nº 11.445/07. Após contextualizar historicamente a atuação do Estado brasileiro no setor de saneamento básico em paralelo à evolução da noção de serviços públicos no Direito Administrativo, pretende-se abordar como a atividade regulatória estatal configura e dá sentido à nova lei. Por meio da articulação entre a teoria econômica da regulação e as tendências recentes do direito administrativo econômico, é investigado o regime jurídico da regulação do saneamento básico, em especial dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e de limpeza urbana. Nesse panorama, passa a se discorrer acerca da aplicação de potenciais instrumentos normativo-regulatórios – entre os quais se destaca a figura do contrato, em sua configuração contemporânea – e de sua essencialidade para um melhor ordenamento do setor, com vistas a possibilitar a universalização dos serviços, estímulos à concorrência e solução para situações monopolísticas.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços públicos. Saneamento. Lei federal nº 11.445/07. Regulação.

Aspectos Introdutórios

Ao observarmos a atuação da Administração Pública desde suas origens, perceberemos que esta sofre alterações corriqueiramente, em

¹ Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Curitiba – Paraná.

conformidade ao modelo estatal vigente.² Essas alterações podem se dar de modo mais evidente e expressivo³ ou mais sutil, com a alteração apenas de determinadas estruturas e criação de novos instrumentos pelo ordenamento jurídico. Todavia, sejam evidentes ou sutis, tais mudanças influenciam de modo significativo a atuação administrativa.

Esse fenômeno se mostra especialmente nítido no agir estatal em relação à prestação de serviços públicos.

Originalmente, a prestação de serviços públicos à população era competência exclusiva e privativa do Estado, como ensinava a academia francesa no início do século XX, representada por Leon Duguit, expoente da denominada “Escola do Serviço Público”. Segundo Duguit, constituiriam serviços públicos “atividades asseguradas, disciplinadas e controladas pelos governantes para realizar a solidariedade social, que de outra forma, senão com o emprego da coerção estatal, não se lograria, ficando implícita a necessidade de um regime público”.⁴ A dimensão atribuída à expressão “serviços públicos”, bem como as atividades por ela englobadas, é que varia temporalmente, pautada pelo modelo de Estado vigente – mostrando-se mais enxuta num Estado de índole liberal e dotadas de vasta amplitude no Estado de bem-estar social.

A posterior admissão de particulares na atividade prestacional desses serviços representou a ruptura do conceito clássico francês e uma mudança paradigmática na análise jurídica da matéria, especialmente na seara do direito administrativo.

Apesar de, na ocasião, ter-se muito falado numa “crise do serviço público”, o que se observou foi uma mudança na configuração dos aludidos

² Conforme afirma Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “o conteúdo do direito administrativo varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 25.

³ Como um exemplo desse tipo de alteração no *modus operandi* da Administração pública brasileira tem-se o Plano de Reforma do Aparelho do Estado, em meados da década de 1990, que buscou imprimir uma nova racionalidade à Administração Pública brasileira.

⁴ DUGUIT, León. *Traité de droit administratif*. 1927. Apud: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 353.

serviços. Mesmo não sendo necessariamente executados de modo direto pelo ente estatal, os serviços públicos não perdem sua índole publicística, visto que a Administração Pública persiste sendo seu titular e responsável. Da mesma forma, as tarefas de planejamento, fiscalização e regulação não são delegadas ao particular, permanecendo competência do Estado.

Os últimos vinte anos, aproximadamente, foram profícuos no sentido de imprimir alterações na disciplina jurídico-normativa dos serviços públicos. Em 1995 foram publicadas as Leis federais nº 8.987 e nº 9.074, dispondo sobre o regime de concessões e permissões da prestação de serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição da República. Posteriormente advieram diversas normas criando agências reguladoras, com o fim de cuidar de setores específicos, disciplinando a forma de atuação e de interação entre os agentes privados e formulando parâmetros para a prestação de tais serviços, inclusive quando os mesmos são prestados por entes públicos. Essa presença foi notoriamente expressiva na prestação dos serviços de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, de transportes terrestres, aquaviários e de aviação civil.

Mais tarde outras áreas de atuação típicas do Poder Público na prestação de serviços públicos, bem como seus respectivos órgãos, passaram a ser objeto da atuação de órgãos reguladores – dentre eles, por exemplo, aqueles cujas prestações se dão no âmbito dos serviços de saneamento básico. No atinente aos serviços abrangidos pelo conceito de saneamento básico, é válido salientar que a sua regulação, mediante disciplina específica, decorre principalmente, da Lei federal nº 11.445/07. A referida lei dedica um capítulo inteiro à regulação, definindo seus princípios reitores e objetivos, e atribuindo ao órgão regulador específico a tarefa de editar normas nas dimensões técnica, econômica e social da prestação dos serviços afins.

Nesse contexto, faz-se nítida a assunção de um novo papel pelo ente estatal – não mais aquele de prestador direto dos serviços públicos ou de partícipe da atividade econômica, mas de organizador e regulador dessas

atividades. É nessa égide que cabe falarmos de *regulação*. Tratando do tema, Calixto Salomão Filho afirma que a teoria da regulação, quando aplicada de modo adequado, pode

representar exatamente a contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser, para tanto, insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados.⁵

O presente artigo tem como ponto de partida uma concepção larga de regulação, compreensão na qual o conceito de regulação extrapola o papel estritamente fiscalizatório do Estado, ou de mero criador de regulamentos, abarcando toda a forma de organização da atividade econômica pelo Estado – por exemplo, por meio das concessões de serviço público ou permissões, pelo exercício do poder de polícia etc. Conforme se extrai dos ensinamentos de Salomão Filho,

na verdade o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa.⁶

É sob essa perspectiva ampla de regulação que analisaremos os serviços de saneamento básico, nos termos da Lei federal nº 11.445/07. Para tal, inicialmente será realizada uma breve explanação sobre a política de saneamento básico brasileira e o seu marco legal (Lei federal nº 11.445/07). Em seguida caberá a qualificação de tal serviço como público, o que o sujeita a um regime específico, para então adentrar a seara da regulação.

⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 15.

A política de saneamento básico brasileira e o advento a Lei federal nº 11.445/07

Antes de adentrar especificamente a disciplina dos serviços públicos de saneamento básico trazida pela Lei federal nº 11.445/07, é importante traçarmos uma breve explanação sobre a forma de sua prestação no Brasil e de sua regulamentação previamente à publicação do referido diploma legal.

A forma pela qual o setor de saneamento está hoje estruturado em território nacional carrega, sem dúvida, uma marcante herança do PLANASA – Plano Nacional de Saneamento.

Implementado a partir da década de 1970, o PLANASA foi um programa cujo escopo era a expansão dos serviços de saneamento básico por meio de grandes companhias estatais ligadas a cada estado da federação.

A prestação dos serviços de saneamento básico pelo Estado – e daí sua qualificação como serviço público clássico – advém desde o início do século XX. Na década de 1930 surgiram as primeiras iniciativas nesse sentido, financiadas essencialmente por recursos da União.

Em 1942, foi criado pelo governo federal o Serviço Especial de Saúde Pública – SESP, que apesar de ter sido inicialmente concebido como um programa temporário, estendeu-se à década de 1960, tendo grande importância no processo de ampliação e capacitação de entes públicos na prestação de serviços de saneamento. Por meio de convênios celebrados com municípios, o SESP prestava consultorias e auxílio técnico, fortalecendo a provisão descentralizada de serviços de água e de esgotamento sanitário por autarquias municipais.

Na década de 1960, com o advento do regime militar, houve uma centralização de decisões e de recursos na esfera federal. Em 1969 foi criado, por meio do Decreto federal nº 949/69, o Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, que tinha como cerne a criação de empresas estatais vinculadas aos estados da federação – as Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESB. Nesse modelo, os Municípios delegavam aos Estados a prestação dos serviços de água e esgoto, enquanto os

Estados, por sua vez, remetiam à União, por meio do Banco Nacional de Habitação, as atribuições de formulação da política de saneamento.

O Plano tinha como diretrizes (i) a universalização da cobertura dos serviços de água e esgoto, limitando o déficit de abastecimento; (ii) a promoção da sustentabilidade financeira do setor, oferecendo financiamento por meio de recursos estaduais (Fundo de Água e Esgoto – FAEs) e federais (Fundo de Garantia por Tempo de Serviços); (iii) o equilíbrio entre receitas e despesas das companhias, permitindo subsídios cruzados dentro da área de atuação de cada empresa; (iv) a promoção da gestão empresarial nas companhias estaduais de saneamento; (v) a centralização da gestão superior da Política Nacional de Saneamento junto ao Banco Nacional de Habitação; (vi) a consolidação de sistemas no âmbito estadual, e não municipal.

É nesse contexto que se estruturaram as delegações do serviço público de saneamento básico dos Municípios aos Estados, em geral com prazos de 30 (trinta) e 35 (trinta e cinco) anos – portanto, atingindo o seu termo ao final da década passada e início da presente década.

O PLANASA permitiu a implementação de significativa infraestrutura para os serviços de distribuição de água e de esgotamento sanitário, com a construção de estações de tratamento de água e de esgoto e largo aumento da cobertura desses serviços e o consequente dispêndio de elevado montante de recursos.

Entre os anos de 1985 e 1986, o modelo do PLANASA atingiu seu esgotamento ante a crise econômica por que passou o Brasil, associada a práticas gerenciais inadequadas e ineficazes.

Em 1986 o BNH foi extinto, transferindo à Caixa Econômica Federal os programas de financiamento de políticas urbanas. Pouco tempo depois foi extinto o Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente, ao qual se vinculava a Secretaria Nacional de Saneamento. O setor ficou carente de diretrizes nacionais sólidas e bases institucionais.

Em 1990, houve a extinção do Departamento Nacional de Obras, tendo sido posteriormente criado o Programa de Modernização dos Serviços de Saneamento – PMSS, que logrou pouco êxito.

Com o Programa Nacional de Desestatização – PND, na década 1990, aventou-se a possibilidade de concessão de tais serviços. Todavia, o serviço público de saneamento básico carecia das bases legais necessárias.

Essa situação sofreu alteração somente em 2007, com o advento da Lei federal nº 11.445, que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Todavia, a lei não respondeu uma das questões centrais e urgentes referentes à prestação dos serviços de saneamento – aquela referente à sua titularidade.

O atingimento do término das delegações da prestação dos serviços de saneamento básico realizada na década de 1970 pelos Municípios aos Estados evidenciou a polêmica acerca da titularidade da execução de tais serviços. Muitos Estados almejavam que a titularidade lhes fosse concedida, já que estes haviam realizado grandes investimentos em redes de infraestrutura. Os Municípios, por sua vez, pleiteavam a titularidade, com fulcro no disposto no artigo 30, inciso V, da Constituição da República, segundo o qual “compete aos municípios organizar e prestar os serviços públicos de interesse local”. Sendo eles titulares dos serviços, poderiam organizar a sua execução ou concedê-los a terceiros que não necessariamente as empresas estatais, as quais, muitas vezes, cobravam valores demasiados altos pela prestação.

Mesmo tendo a lei silenciado quanto à titularidade estadual ou municipal dos serviços, parece prevalecer o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que esta cabe ao Município.

O enquadramento do saneamento básico como serviço público

O adjetivo “público” é atribuído a um serviço pelo próprio Estado, que o faz a partir da edição de norma – constitucional ou legal –, cujo texto submete determinada atividade a um regime especial, de direito público.

A partir daí, a titularidade para a prestação daquele determinado serviço passa a ser do Estado, que o prestará em nome próprio ou delegará sua execução direta a terceiros, permanecendo obrigado às tarefas de direção, regulação e fiscalização, ante a sua responsabilidade como titular daquele serviço.

Celso Antonio Bandeira de Melo define serviço público como

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.⁷

As teorias em torno de um regime de direito público incidente sobre a totalidade dos serviços públicos, mesmo quando esses são prestados por entes privados, são permeadas, contudo, por uma contradição insolúvel – qual seja, a persecução do interesse público por agentes privados dotados de fins lucrativos, como seu fim último.⁸ Ora, é muito provável que o agente privado priorize interesses próprios seus ao interesse público – por exemplo, ao buscar auferir maiores lucros do que aqueles originalmente previstos.

A qualificação de um serviço como “público” denota uma opção estatal. Conforme pontua Marçal Justen Filho, essa opção deve considerar o caráter instrumental do serviço à realização dos fins da comunidade: o serviço deve refletir os anseios e as necessidades da população, servindo como uma forma de celebrar e de garantir a dignidade humana. O autor agrega caractere novo às definições tradicionais de serviço público,

⁷ MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros. p. 477.

⁸ Nesse sentido, Calixto SALOMÃO FILHO. In: Op. cit., p. 26. O autor discorre, ainda, que “se o regime das concessões iria substituir com vantagem o mercado, estabelecendo fins públicos para os agentes particulares, sua eficácia tem sido muito limitada. Esse regime tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que, logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade. De outro lado, tem se mostrado ineficaz, pois, a cada controle erigido, o concessionário desenvolve duas ou três formas de contorná-lo. Controles de preço são contornados através da diferença de qualidade, de continuidade, de atendimento ao usuário, etc.” (p. 26-27).

compreendendo-o como um meio de garantir a eficácia de alguns direitos fundamentais. Segundo ele, o conceito de serviço público

é um conceito reflexo. Deriva do modelo constitucional assumido pela comunidade, inclusive no tocante à função e ao papel que a própria comunidade reserva para si própria. (...) Relaciona-se com sua aptidão para realizar certos valores fundamentais assumidos pela Nação. Bem por isso, é impossível despublicizar certos serviços públicos no Brasil, pois sua prestação foi garantida constitucionalmente, como via de promover a dignidade da pessoa humana, a eliminação das desigualdades e outros valores fundamentais.⁹

É nítido e notório o caráter de essencialidade e a importância para a comunidade de que são dotados os serviços de saneamento básico. Tal atividade se encontra diretamente relacionada à preservação da saúde pública. Não obstante, a saúde constitui direito fundamental de todo o cidadão.

Isso torna perfeitamente aceitável que a prestação dessa categoria de serviços seja adotada pelo Estado como de sua titularidade, uma vez que é necessária à existência saudável dos indivíduos da presente e das futuras gerações.

O artigo 2º da Lei federal nº 9.074/95 evidencia a qualidade de serviço público atribuída ao saneamento básico ao dispor:

Art. 2º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e **serviços públicos** por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de **saneamento básico e limpeza urbana** e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995. (g.n.)

Contudo, a titularidade estatal dos serviços públicos não impede a delegação de sua execução, de modo direto, a particulares. A Lei federal nº

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 58-59.

11.445/07 é bastante clara nesse sentido, tratando de modo pormenorizado das diversas possibilidades de prestação. Todavia, as tarefas de planejamento e de fiscalização e regulação pertencerão sempre ao ente público, visto que inerentes à sua titularidade. Nesse sentido, têm-se os artigos 9º, inciso II, e 10, da Lei, que corroboram:

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

II – prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir os entes responsáveis pela sua regulação, bem como os procedimentos de sua atuação;

(...)

Art. 10. A prestação de serviços 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.

Ressalte-se que o dispositivo legal ainda revela, de forma incontestada, a possibilidade de concessão e de permissão dos serviços públicos de limpeza urbana, que deverá ser sempre disciplinada por meio de contrato.

Tem-se, portanto, que as peculiaridades dos serviços de saneamento básico, sua qualidade de serviço público, o interesse público que lhe é inerente, sua importância à saúde pública, dentre outros fatores, tornam necessário um controle relativamente rígido por parte de seu titular, em especial no atinente à participação de particulares em sua prestação, com o escopo de garantir que o serviço será executado de modo adequado. Em outras palavras, dada a natureza dos serviços públicos de saneamento básico, não pode o ente administrativo permitir que o “mercado” atue livremente na sua prestação.

É preferível que essa atuação estatal, como titular dos serviços em questão, se dê preventivamente, evitando possíveis danos à coletividade, do que repressivamente. Daí emerge a necessidade da presença reguladora do titular, nos diversos âmbitos possíveis. Essa regulação poderá ser, por exemplo, de caráter normativo. Nesse caso, incidirá no momento da

concessão da prestação do serviço ao particular, definindo com clareza as obrigações e o dever de cumprimento de padrões mínimos e de metas a serem perseguidas, as quais deverão constar no instrumento contratual, bem como durante sua execução, exercendo a fiscalização por meio dos órgãos reguladores.

Entretanto, o regime de concessão como instrumento útil à regulação é objeto de duras críticas. O argumento central sobre o qual se assentam é, em geral, o de que pelo instrumento jurídico do contrato de concessão, a Administração Pública estaria tentando converter o particular em persecutor do interesse público. Fá-lo-ia ao impor um regime de direito público sobre a atuação daquele. Todavia, considerando-se que o interesse primário dos entes privados não coaduna com a realização do interesse público, mas sim a auferição de benefícios para si próprio – como a maximização de seus lucros, por exemplo –, a intenção do ente administrativo estaria fadada ao fracasso. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho afirma que

o regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insolúvel. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Sendo inviável o Estado realizar todas as atividades econômicas, ele passa a delegá-las aos particulares, acreditando que pode controlá-los através de um regime de direito público. (...) Se o regime das concessões iria substituir com vantagem o mercado, estabelecendo fins públicos para os agentes particulares, sua eficácia tem sido muito limitada. Esse regime tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade.¹⁰

É nesse contexto que emerge a teoria da captura, bem desenvolvida por George Stigler, economista da Escola de Chicago, segundo o qual, a longo prazo, o órgão regulador passaria a sofrer fortes influências do ente regulado, especialmente nos setores monopolizados, em que haveria apenas um

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 26.

concessionário, tornando-se subserviente aos interesses deste. A atividade regulatória estatal tornar-se-ia patológica, funcionando como suporte aos grupos industriais bem organizados e financeiramente privilegiados.¹¹

Contudo, diversos serviços públicos, ante suas características específicas, como, por exemplo, a estrutura essencial à sua prestação, a necessidade de investimentos de grande vulto, o mercado restrito, a existência de usuários impossibilitados de custearem as prestações em sua integralidade, tornam impossível a execução por mais de um ente. Não obstante, existem ainda situações em que a prestação direta pelo ente estatal se faz imperativa. Configura-se, assim, um monopólio.

Os serviços de saneamento básico incorrem, em grande parte das prestações que os caracterizam, nessa situação.

Porém, não devemos partir da perspectiva de inutilidade de regulação, ante a possibilidade de captura do órgão regulador, nos termos da teoria de Stigler. Até mesmo porque no bojo da estrutura regulatória atual se encontra uma configuração na qual “poder concedente” e “órgão regulador” não guardam identidade. O órgão regulador é dotado de independência. Não obstante, a atuação de ambos está sujeita a controles externos – como, por exemplo, o controle social, o controle do Ministério Público e os controles dos Tribunais de Contas.

É necessário que busquemos soluções, com o objetivo de otimizar o modo de prestação dos serviços estatais em questão. Isso significa oferecer melhores serviços aos administrados, de modo universalizado e mediante tarifas justas, sem onerar excessivamente o erário público e sem desconsiderar os interesses do particular prestador direto do serviço em questão (uma vez que seus interesses não são necessariamente perfeitamente consoantes ao interesse público).

¹¹ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economic and Management Science**, v. 2., University of Chicago, p. 19.

Saneamento e regulação

A Lei federal nº 11.445/07 traz o conceito de saneamento básico em seu artigo 3º, inciso I:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
- d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas;

Note-se que a concepção de saneamento básico abrange um plexo significativo de serviços públicos de naturezas diversas. Consequentemente, a prestação de tais serviços também será realizada de diferentes formas, o que implicará a incidência de modos de regulação diversos.

Não obstante, a “Lei de saneamento básico” se destina à disciplina explícita da regulação, dedicando seu capítulo V ao tema.

A Lei prevê a criação de uma entidade reguladora, dotada de independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, nos termos do que dispõe o artigo 21 da lei. Essa entidade deverá editar normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, tratando obrigatoriamente:¹²

¹² Conforme dispõe, em termos gerais, o artigo 23 da Lei federal n.º 11.445/07.

- dos padrões e indicadores de qualidade na sua prestação;
- das metas de expansão dos serviços de saneamento básico – que deverão ser progressivas e abranger também o quesito “qualidade”;
- do regime tarifário (cuidando, inclusive, dos procedimentos e prazos para sua fixação, reajuste e revisão);
- da medição, faturamento e cobrança dos serviços, monitoramento de custos, subsídios tarifários e não tarifários;
- da disponibilização de informações, auditoria e certificação; e
- dos padrões de atendimento aos usuários do serviço, inclusive de mecanismos de participação.

O artigo 22 da referida Lei, por sua vez, estabelece quais são os objetivos da regulação:

Art. 22. São objetivos da regulação:

- I – estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;
- II – garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;
- III – prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência;
- IV – definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

Aspecto que merece ser ressaltado a respeito dos dispositivos que tratam explicitamente da matéria atinente à regulação na Lei federal nº 11.445/07 refere-se à publicidade e à disponibilização de informações pelos prestadores dos serviços públicos – tanto à entidade reguladora quanto aos usuários e ao público em geral. O artigos 25, 26, 27, em especial, trazem disposições nesse sentido. Essa preocupação e o cuidado em garantir publicidade (ou *disclosure*) são essenciais para que se evite o fenômeno da assimetria de informação – falha que pode inibir a participação de agentes tanto de forma direta na prestação dos serviços de saneamento básico (por

exemplo, desestimulando-os a participarem de licitação para a execução de determinado serviço, dada a dificuldade em se prever com razoável grau de acuidade o valor dos investimentos necessários e potencial retorno) quanto indireta, em atividades tributárias dos serviços de saneamento, ou que dependem do estabelecimento de relação jurídica com o prestador de determinados serviços.

Examinada a disciplina explícita da “regulação” pela Lei federal nº 11.445/07, cabe agora analisarmos as atividades elencadas pelo inciso I do artigo 3º desse diploma legal, apreciando os diferentes modos em que poderá se dar a sua prestação e discutindo a regulação no atinente a cada uma delas.

Conforme exposto anteriormente, o artigo 3º descreve, essencialmente, quatro modalidades de serviços de saneamento básico, cada uma delas subdivididas em serviços especializados. Essas modalidades são os serviços de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

Observando-se detidamente cada uma delas tem-se que as possibilidades de sua prestação são bastante diversas. Apesar de todas permitirem a prestação por terceiros não integrantes da Administração Pública (com fulcro no que dispõe a própria Lei federal nº 11.445/07), algumas delas poderão ser executadas por mais de um concessionário ou delegatário sem maiores dificuldades, sendo possível, até mesmo, vislumbrar a possibilidade de concorrência entre prestadores de um dado serviço. Isso poderia suceder, por exemplo, no âmbito dos serviços de limpeza urbana. Todavia, outras atividades, dada sua natureza e a estrutura física preexistente necessária à sua prestação, tornam mais difícil cogitar-se a prestação compartilhada, delegada a mais de um ente privado – por exemplo, o serviço de abastecimento de água potável.

Sem olvidar essa diversidade de atividades abrangidas pelo serviço público de saneamento básico, e considerando a importância das atividades que lhe são características, é que caberá apreciar as possibilidades regulatórias do setor.

Os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário

Os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, ante a infraestrutura essencial à sua prestação, caracterizam-se por custos fixos elevados, como, por exemplo, o capital despendido na construção e manutenção de reservatórios, estações de tratamento de água e esgoto, redes de distribuição e coleta e equipamentos. Posteriormente, incidem sobre a infraestrutura já consolidada custos adicionais, como materiais de tratamento, energia e depreciação das instalações. Considerando-se que os custos fixos, iniciais, são mais elevados que os segundos, tem-se que o custo médio é declinante. Portanto, somente a partir de que haja aumento significativo da produção, o custo médio declinará. Cria-se, assim, um cenário que torna desinteressante a participação de vários prestadores do serviço em questão. Nessa égide, é possível qualificarmos os serviços de saneamento básico relativos ao abastecimento de água e ao esgotamento sanitário como “monopólios naturais”.

Conforme Randall, os serviços tipicamente providos por agências públicas ou regulados pelo Estado possuem essas características de monopólio natural.¹³

De acordo com Gaspar Ariño Ortiz,

no difícil equilíbrio entre mercado e regulação, a concorrência é o objetivo prioritário e a regulação é o instrumento necessário para defender a concorrência (para criá-la quando ela não exista) ou para substituí-la quando seja impossível sua criação diante da existência de elementos de monopólio natural.¹⁴

É buscando amenizar as dificuldades trazidas pelos monopólios naturais, especialmente no que tange à possibilidade de competição entre

¹³ RANDALL, A. **Resource economics: na approach to natural resource and environmental policy**. 2. ed. New York: John Wiley and sons, 1987. p. 324.

¹⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Princípios de derecho publico económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica**. 3. ed. Granada: Comares, 2004. p. 606.

prestadores de um dado serviço público que se torna estruturalmente dependente de outro prestador, é que a teoria econômica formulou a *essential facility doctrine*.

Conforme Calixto Salomão Filho, “uma essential facility existe, portanto, diante de situações de dependência de um agente econômico em relação a outro, no qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizam sem o acesso ou o fornecimento do essencial”¹⁵. Trata-se de um conceito objetivo – a dependência de um agente em relação ao outro é constatada empiricamente, dada a observância da impossibilidade de o primeiro realizar a atividade que constitui seu escopo sem a “colaboração” do segundo, uma vez que a criação/construção de uma duplicata da estrutura que lhe é essencial é economicamente inviável ou faticamente impossível.

Dessa limitação emerge a necessidade de o ente controlador da estrutura necessária à atividade do segundo franquear o acesso à “facility” em questão ao agente dela dependente, caso não advenha prejuízo ao titular do bem em questão.

Nesse diapasão, e considerando a importância de que são dotados os serviços de saneamento básico, a relação direta que tais serviços possuem com a garantia e a realização do direito fundamental à saúde e a um meio ambiente equilibrado, é possível se inferir que um determinado bem ou infraestrutura ao qual pode ser atribuída a qualidade de *essential facility* é dotado de uma função social. Logo, o titular de sua posse não pode exercê-la de modo a violar essa função social. Portanto, se o compartilhamento da estrutura em questão com terceiros é necessário para que estes possam prestar os serviços públicos de sua competência, os quais são de grande valia à população, seu titular não pode obstaculizar o acesso desses terceiros, sob pena de estar subtraindo a função social do bem em questão.

Ademais, observando a questão sob a perspectiva do Direito Administrativo, considerando a qualidade de serviço público de todas as atividades englobadas no conceito de saneamento básico, tem-se que os

¹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência: estudos e pareceres**. Malheiros: São Paulo, 2002. p. 40.

bens inerentes a tais prestações podem ser qualificados como bens públicos. Mesmo nas hipóteses em que o ente administrativo titular do serviço tenha concedido a sua execução a um particular (concessionária), o qual se incumbiu de construir ou adquirir as estruturas físicas em questão, tais bens persistem sendo juridicamente qualificados como “bens públicos”. Isso porque estão revestidos de uma utilidade pública.

Faz-se interessante aqui atentarmos para uma questão de difícil solução que emerge hoje, ante o advento da Lei federal nº 11.445/07. A Lei não define com clareza a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico. Sua atribuição aos municípios decorre do entendimento de que se tratam de serviços públicos de interesse local. Porém, sua prestação é realizada, prevalentemente, pelos estados brasileiros, sob regime de convênios ou de delegação, cujos contratos estão atingindo seu advento ao longo da presente década (transcorridos, em geral, trinta anos do início de sua vigência, na década de 1970, sob a égide do Planasa). Alguns municípios têm demonstrado a intenção de prestar tais serviços autonomamente, dada sua titularidade. Contudo, em diversas situações, o Estado, que vinha até o presente fazendo-o por meio de sua administração indireta e que foi responsável pela construção e implementação das estruturas necessárias à prestação dos serviços – não só de unidades de tratamento de esgoto ou reservatórios de água, mas também da infraestrutura de ligações prediais e transporte – tem se mostrado arredio à possibilidade de permitir o uso dessas redes pelos entes municipais para a prestação direta dos serviços em questão.

A lei de saneamento não traz resposta a tal questionamento. A análise do texto legal nos permite cogitar apenas a possibilidade de Estado e Município executarem o serviço público em questão de modo consorciado, hipóteses em que não haveria problemas quanto à utilização das estruturas físicas necessárias à atividade, cabendo às partes definirem as obrigações mútuas em contrato de programa. Uma forma de tentar solucionar a questão é fazendo uso da teoria das “*essential facilities*”. Nesse sentido, compreende-se que a infraestrutura de abastecimento, compreendida aí toda a rede subterrânea e ligações prediais, é essencial à

prestação do serviço público pelo seu titular e que não é possível a construção de uma nova estrutura, dados os custos elevados que envolveria – podendo, inclusive, extrapolar as possibilidades orçamentárias do ente municipal –, a complexidade inerente e a incoerência em coexistirem duas estruturas equivalentes, destinadas a uma mesma função, e mantendo-se uma delas inutilizada. Assim, caberia ao ente estatal permitir ao município interessado o acesso à rede. Não obstante, a qualidade de bem público de que é dotada a estrutura em questão e a necessidade de este cumprir sua função social (qual seja, o cumprimento de sua finalidade precípua, com a prestação de serviços de saneamento básico à população) submetem-na à utilização pela municipalidade sem oposição do Estado, mesmo tendo este sido o responsável pela sua construção. Ademais, o longo período de prestação dos serviços pelo Estado, implementador da infraestrutura, foi, possivelmente, suficiente ao seu custeio.

Todavia, persiste dúvida quanto à possibilidade de o ente estatal, proprietário da “*essential facility*” em questão, cobrar remuneração por sua utilização pelo Município. A jurisprudência, ao examinar situação semelhante no atinente à utilização compartilhada de redes de eletricidade, não é uníssona, existindo argumentos favoráveis e desfavoráveis à cobrança, calcados, em geral, na noção de supremacia, preservação e garantia do interesse público.

A questão da universalização dos serviços

A Lei federal nº 11.445/07 elenca a universalização de acesso como um dos princípios fundamentais sobre os quais deverão estar calcados os serviços públicos de saneamento, nos termos dispostos em seu artigo 2º, I. A lei definirá “universalização” em seu artigo 3º, II, caracterizando-a como a “ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico”.

Outro princípio legal é a integralidade, definida pelo mesmo artigo, em seu inciso II, como “o conjunto de todas as atividades e componentes

de cada um dos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados”.

Entretanto, é certo que essa universalização da prestação do serviço em questão pretendida pelo texto legal implica o provimento de tais serviços inclusive à parcela da população incapaz de arcar com o seu custeio. Conforme assevera Calixto Salomão Filho,

a universalização é, via de regra, não-lucrativa, pois implica estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo. Por outro lado, a empresa privada não estará disposta a estender a prestação de serviços simplesmente pelas externalidades positivas que apresenta. Em conseqüência, há características que o assemelham bastante aos problemas que levaram à identificação de setores não regulamentáveis, onde a intervenção direta do Estado é necessária¹⁶.

Ante a impossibilidade de parte da população pagar pelos serviços de saneamento básico, caberá ao Estado exercer uma função redistributiva. Assim, é possível, por exemplo, que este defina isenções ao estrato populacional incapaz de pagar pelos serviços ou instituir as denominadas “tarifas sociais” para a parcela que pode pagar por um percentual do valor integral dos serviços. Enquanto isso, a parte mais abastada da população custeia o restante do seu valor, não incorrendo o prestador em prejuízos financeiros e viabilizando a universalização.

Outra possibilidade é a de o ente estatal cobrar a contribuição de intervenção no domínio econômico, nos termos do que dispõe o artigo 149 da Constituição da República, do particular que explora atividade econômica objeto de regulação estatal sob regime privado, com a finalidade de assegurar a livre concorrência, a defesa do consumidor, a preservação do meio ambiente, a garantia da participação dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal no resultado da exploração de recursos minerais nos respectivos territórios.

¹⁶ SALOMÃO FIHLO, Calixto. **Regulação da atividade...** p. 93-94.

Essa contribuição serve para dois objetivos. De um lado, cria um ônus adicional para setor ou empresas particularmente beneficiadas por um determinado serviço ou atividade. De outro, financia a intervenção compensatória do Estado em determinada atividade ou até subsetor particularmente atingido.

Desse modo, a contribuição, em uma de suas formas mais eficazes, pode ter importante externalidade social positiva. Pode – e deve – contribuir para reequilibrar setores em que especiais condições de mercado criam benefício adicional para determinados agentes econômicos, em potencial detrimento dos demais concorrentes e dos consumidores.¹⁷

Todavia, o cenário se torna mais complexo se considerarmos a existência de muitos municípios cuja grande maioria da população é pobre, impossibilitando a aplicação da fórmula descrita acima. Nesse cenário se torna, ao menos aparentemente, inviável a concessão dos serviços a entes privados, sendo quase inafastável sua prestação de forma direta pelo ente estatal.

Alternativas à prestação direta pelo ente estatal titular do serviço em questão seriam a prestação por um consórcio público, mediante contrato de programa¹⁸ firmado entre o consórcio e o município em questão e contrato de rateio,¹⁹ ou por um particular, sob a forma de uma concessão administrativa, no âmbito das Parcerias Público-Privadas, sob o manto da disciplina da Lei federal n.º 11.079/04.²⁰

¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade...** p. 94-95.

¹⁸ Conforme dispõe o artigo 13 da Lei federal n.º 11.107/05: “Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.”

¹⁹ Conforme dispõe o artigo 8º da Lei federal n.º 11.107/05: “Art. 8º-Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.”

²⁰ Conforme dispõe o artigo 2º, §2º, da Lei federal n.º 11.079/04: “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Limpeza urbana: possibilidade de *unbundling*

Cenário diverso é aquele dos serviços públicos de saneamento básico concernentes à limpeza urbana.

Os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos compreendem, nos termos do disposto no artigo 3º, inciso I, alínea “c”, o “conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas”. É importante ressaltar que as atividades descritas pelo dispositivo legal podem ser prestadas diretamente pela municipalidade, por consórcio público ou por entes privados, mediante delegação do seu titular.

Merece especial atenção a prestação por pessoas jurídicas de direito privado. Dadas a diversidade e independência das atividades elencadas, faz-se possível o desmembramento dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, com sua execução por mais de um particular. É possível pensar, até mesmo, a possibilidade de competição entre particulares aos quais seja concedida a prestação dos serviços, visando à melhoria de sua execução.

Tem-se aqui uma possibilidade de *unbundling* ou desagregação vertical, mecanismo descrito por Alexandre Wagner Néster como

a separação das atividades potencialmente competitivas e das não competitivas em um determinado setor, a fim de estabelecer a concorrência somente entre as primeiras.

Assim, o regulador desmembra as atividades relativas a cada uma das fases ou segmentos do setor, tais como produção, transporte, distribuição, importação, exportação, etc., para possibilitar que algumas delas (aquelas em que a criação da concorrência seja viável) sejam prestadas por mais de um agente em regime competitivo.

Em termos práticos, a desagregação vertical implica a segmentação dos elementos que compõem um determinada rede.²¹

²¹ NÉSTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência: compartilhamento de estruturas e redes**. São Paulo: Dialética, 2006. p. 56.

Assim, é possível dissociar as atividades de varrição e limpeza de logradouros dos serviços de transporte do lixo até os aterros sanitários.

A atividade de coleta do lixo também pode ser dissociada – e aqui é possível a inclusão de uma função social à prestação do serviço, dada a possibilidade de participação de cooperativas de catadores em sua execução.

Ainda, o tratamento do lixo urbano, bem como sua disposição final, poderá ser realizado por entes diversos dos responsáveis pelos demais serviços. Nessa égide, abre-se um espectro significativo de oportunidades para os agentes econômicos, dadas as possibilidades de aproveitamento econômico dos resíduos em questão, inclusive a de geração de energia a partir desse material.

A diversidade de atividades inerentes à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos torna viável a competitividade entre prestadores.

A hipótese de competição entre potenciais prestadores no que diz respeito aos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos poderá se dar em dois momentos distintos: (i) em sua entrada no mercado, no momento da licitação; (ii) durante a vigência do contrato com o ente administrativo, na hipótese de a prestação de uma mesma atividade ter sido concedido ou delegada a mais de um prestador.

Nessa segunda hipótese é necessário que o valor cobrado pela prestação dos serviços por ambos os prestadores seja o mesmo, especialmente se a remuneração destes é realizada diretamente pelos usuários, ante o inafastável tratamento isonômico que deve ser despendido a todos os utentes. Assim, nesse cenário, a concorrência entre prestadores traria menores benefícios aos usuários no âmbito do preço dos serviços, e benefícios mais significativos no aspecto qualitativo. Os particulares competiriam entre si com o objetivo de superar o outro na qualidade dos serviços prestados à população, almejando obterem melhores avaliações e, conseqüentemente, mais chances de auferirem novos contratos futuramente.

Considerando a possibilidade de aproveitamento do potencial energético dos resíduos dispostos em aterros sanitários, é possível aventar que o ente municipal realize licitação com a finalidade de escolher um particular capaz de executar o processo de transformação dos resíduos em energia, que deverá ser fornecida ao município. Na decisão no certame o

administrador poderá utilizar como critério, além dos usuais, o valor pelo qual o particular pretende lhe vender a energia produzida a partir do lixo. A competição, aqui, é instrumento para a realização do interesse público. Isso porque a possibilidade de adquirir energia elétrica a partir de fontes alternativas e optando por aquela cujo custo-benefício demonstre-se o mais interessante ao ente público, engendra economia ao erário municipal, e, eventualmente, possibilita a redução do valor pago pelo uso da energia elétrica pelos munícipes.

As externalidades positivas e negativas no âmbito dos serviços de saneamento básico e sua regulação

As externalidades no âmbito dos serviços de saneamento básico, produzidas no ciclo das operações do setor, compreendidas como falhas de mercado ao originarem consequências não previstas *a priori* pelos atores envolvidos, são de ordem positiva e negativa. Incidem principalmente sobre o meio ambiente, os recursos hídricos e a saúde pública.

Usa-se denominar a administração e a regulação dessas externalidades de “regulação técnica”.²²

Dada a própria natureza dos serviços públicos de saneamento básico, os aspectos concernentes à regulação técnica costumam ter abrangência territorial superior aos limites geográficos da atuação do poder concedente e do respectivo órgão regulador.

Se pensarmos, por exemplo, nos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, esse tem início com a retirada da água de seu ciclo natural e finda com a sua devolução ao meio ambiente, em condições que deverão lhe causar o menor impacto possível. Entre esses dois

²² OHIRA, Thelma; TUROLA, Frederico. Economia e regulação do setor de saneamento básico. In: XVI Congresso Brasileiro de Economistas, 2005, Florianópolis. XVI Congresso Brasileiro de Economistas, 2005, Políticas Públicas e Desenvolvimento: a armadilha do endividamento interno e externo, 2005.

extremos há, ainda, a interface com o sistema de recursos hídricos (o qual não é objeto da disciplina da Lei federal nº 11.445/07, conforme dispõe expressamente o seu artigo 4º).

Tanto o volume de água retirado quanto a quantidade e a qualidade da água devolvida aos rios afetam os usos alternativos dos recursos hídricos e a sua disponibilidade aos usuários do mesmo sistema, incluindo os sistemas de saneamento a jusante de um mesmo rio.

Ante a complexidade dessa estrutura, e a possibilidade de envolvimento de diversos entes reguladores municipais, especialmente caso a prestação do serviço não esteja organizada de modo consorciado ou a atividade regulatória não tenha sido delegada a outro ente regulador situado no mesmo Estado (conforme permite o artigo 23, § 1º da Lei federal nº 11.445/07), a responsabilidade pela regulação técnica desses setores vem gerando polêmica quanto à atribuição de sua titularidade. A compreensão de que esta deveria ser de ordem federal possui significativo respaldo – principalmente sob o argumento de que os cursos de água não costumam “respeitar” as fronteiras municipais e estaduais. Discute-se então se a competência regulatória caberia a Agência Nacional de Águas (ANA), responsável pela coordenação do sistema hídrico, nos termos da Lei federal nº 9.433/97, ou à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), dados os aspectos relativos à qualidade da água distribuída para consumo humano e questões de saúde pública envolvidas, ou ainda a outro órgão com capacidade técnica específica.

Os serviços de saneamento básico também estão associados a aspectos sociais, como inclusão e promoção do desenvolvimento humano e econômico. As consequências mais comuns da falta de redes de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário se manifestam na forma de proliferação de doenças e mortalidade infantil, incorrendo em custos adicionais com saúde pública.

Por outro lado, a expansão das redes de saneamento produz externalidades positivas cujos benefícios incidem, principalmente, sobre os

segmentos carentes e pobres da população. Dentre os benefícios, tem-se a valorização dos imóveis localizados nas áreas que recebem as redes de infraestrutura. Outro potencial efeito positivo interessante decorrente da oferta de redes de serviços de saneamento é o estímulo ao desenvolvimento econômico das comunidades, que tendem a desenvolver pequenos estabelecimentos comerciais, alterando o perfil socioeconômico da região. Ademais, áreas que seriam atraentes a atividades como o turismo passam a poder ser melhor explorados nesse sentido, uma vez presentes as redes de saneamento básico.

Ainda pensando na disponibilização de tais serviços públicos em municípios pobres e onde a infraestrutura de saneamento básico abrange área reduzida, é interessante atentarmos para a possibilidade da execução de tais atividades de forma consorciada, nos moldes da Lei federal nº 11.107/05 (Lei dos Consórcios Públicos). Conforme a lei, os municípios reunidos em consórcio podem tanto prestar os serviços pelo próprio consórcio, como podem, por meio desse, contratar terceiros para fazê-lo. A atuação consorciada potencializa o alcance de economias de escala, fornecendo os serviços a um maior plexo de pessoas e, conseqüentemente, disponibilizando serviços eficientes a um custo inferior. Importante atentar, todavia, que a prestação de quaisquer serviços públicos de modo consorciado demanda um arcabouço jurídico bem estruturado, com a rígida observância da disciplina legal, definindo de modo claro as obrigações e direitos de cada partícipe – especialmente no que diz respeito a seus compromissos para com o consórcio.

A figura do contrato como instrumento regulatório e de cooperação

Os serviços públicos de saneamento básico e sua prestação direta por particulares tem como consequência inarredável a formalização de contrato entre o ente da Administração Pública titular do serviço em questão (em geral, o município) e o ente privado que o executará.

Nesse contexto, emerge a necessidade de que se faça presente o princípio cooperativo, com vistas à colaboração entre o ente público e o ente privado prestador para que os objetivos do serviço em questão sejam atingidos do modo mais amplo possível e satisfatório, com sua adequada prestação, tendência à universalização, tarifas justas e bom atendimento dos usuários.

Todavia não é possível obrigar o particular prestador do serviço, que contrata com a Administração Pública, a perseguir exclusivamente interesses públicos, alheios ou antagônicos em relação a seu interesse próprio.

Tal situação demanda que o contrato administrativo (contrato de direito público) formalizador da relação sofra uma mudança paradigmática. Nesse diapasão, faz-se necessária a superação de sua concepção clássica, segundo a qual a Administração Pública se encontra numa posição de poder em relação ao particular, devendo adequá-lo à necessidade de colaboração entre as partes para a consecução do interesse público.²³ Conforme assevera Calixto Salomão Filho,

a submissão hierárquica desses contratos à Administração Pública, instrumento tradicional da doutrina administrativista para tratar dos contratos com a Administração Pública, mostrou-se insuficiente e inconveniente. De um lado, a submissão não se mostrou capaz de transformar a natureza do agente, de modo a torná-lo um persecutor do interesse público. De outro, a relação hierárquica criada, não permeada por princípios claros de direito material, reforça a primazia da tutela hierárquica de interesses sobre a tutela jurídico-ética, o que dificultou ainda mais a aplicação e boa execução desse tipo de contrato.²⁴

Como mecanismo para viabilizar essa cooperação, é que contemporaneamente vem sendo repensada e reformulada a figura do contrato. Nesse sentido, afirma Gustavo Justino de Oliveira que “é a

²³ Nesse sentido, Gustavo Justino de OLIVEIRA afirma que “para manter a coordenação e promover a integração entre órgãos e entidades em uma Administração Pública fragmentada e policêntrica, os procedimentos e as inter-relações próprios do modelo legal-racional burocrático fundado na hierarquia parecem não mais ser suficientes”. (In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 61.)

²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade...**, p. 197.

expansão do consensualismo administrativo que confere novos usos à categoria jurídica do *contrato* no setor público”.²⁵

Tem-se, portanto, que a figura do contrato administrativo adquire novos contornos no século XXI, consoantes a esse modelo de Administração Pública em que não mais cabe a supremacia absoluta do ente administrativo. Segundo a análise de Marçal Justen Filho,

a contratualização assegura a flexibilidade da atuação administrativa, permite a participação dos diversos agentes sociais e amplia a responsabilidade dos diversos sujeitos envolvidos. É instrumento de coordenação, para evitar que a pluralidade de instâncias administrativas se traduza numa atividade contraditória e desordenada.²⁶

Essa compreensão é comungada por Jaques Chevallier, que entende que, “de um modo geral, a contratualização implica a substituição das relações baseadas na imposição e na autoridade por relações fundadas sobre o diálogo e na busca do consenso. (...) O termo ‘contrato’ não remete a uma realidade jurídica precisa, e sim evoca um novo estilo de gestão pública, baseado na negociação e não mais na autoridade”.²⁷

Nessa égide, Jean-Pierre Gaudin cunha a expressão “administrar por contratos”, compreendida como a difusão de métodos consensuais de atuação da Administração, identificados com formas de participação e consulta pública e de interação com instituições que participam da ação pública,²⁸ abarcando situações previamente alcançadas unicamente pelo ato administrativo.

²⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 46.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 48.

²⁷ CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.). **La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980**. Paris: L'Harmattan, 1999. p. 397-414. p. 403-404.

²⁸ GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat. L'action publique em question**. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999. p. 28-29.

Assim, conforme bem apreende Marçal Justen Filho,

a aplicação do instituto do contrato comporta, em decorrência, usos e variações que não necessariamente se relacionam com os conceitos desenvolvidos pelo pensamento pandectístico que dominou a teoria geral do direito. Sob inúmeros ângulos, o conceito de contrato se encontra em aberto, admitindo informações cujo limite se encontra nos princípios fundamentais do direito. Mais precisamente e especialmente no âmbito do direito administrativo, trata-se de conjugar a figura do contrato com o postulado do Estado de Direito Democrático. Duas decorrências fundamentais derivarão dessa conjugação. A primeira reside na constatação de que se reserva ao contrato uma utilização cada vez mais intensa e efetiva. A idéia de um Estado de Direito Democrático tende a reduzir a utilização dos instrumentos jurídicos autoritativos, substituídos por uma atuação de natureza cooperacional. Por outro lado, a utilização e a interpretação dos contratos administrativos se sujeita ao princípio da razoabilidade e de sua instrumentalidade ao fim do Direito. Nenhuma conduta de órgão estatal pode escapar ao controle da sociedade. Mais ainda, nenhuma prática estatal pode realizar valores distintos daqueles consagrados na ordem jurídica.²⁹

Sob essa perspectiva, o contrato passa a ser pensado como instrumento adicional de regulação, como bem observa Calixto Salomão Filho. Segundo ele, “o contrato poderá, então, versar sobre aqueles elementos em que é possível e aconselhável que as partes venham a cooperar em torno dos objetivos contratuais”.³⁰ Assim, torna-se possível pensar o contrato como instrumento organizatório, como um meio de planejamento das atividades a serem executada pelas partes.

O autor faz uma ressalva, todavia, suscitando a possibilidade de três ordens de problemas passíveis de incidir sobre os contratos públicos, quais sejam: (i) a questão da definição do interesse público; (ii) a questão da assimetria de informação; e (iii) o problema da figura do não usuário.

Ao trazer tais problemáticas para o estudo do contrato como instrumento possível de regulação dos serviços de saneamento básico, as

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, a. 3, n. 10, p. 688-699, jul./set. 1996, p. 689.

³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade...**, p. 192.

soluções não parecem ser demasiado complexas, ao menos ante uma primeira aproximação.

A prestação dos serviços de saneamento básico está diretamente relacionada à saúde pública. A saúde, por sua vez, é direito fundamental de todo o cidadão, conforme o artigo 6º da Constituição da República, e “dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, nos termos do disposto no artigo 196 do diploma constitucional. Os serviços em questão também estão associados à preservação e garantia de um meio ambiente equilibrado, direito garantido pelo artigo 225 do texto constitucional. Assim, resta superada a questão da definição do interesse público.

O problema do não usuário, por sua vez, é solucionado por duas vias não excludentes entre si. A primeira delas refere-se, novamente, à questão da garantia da saúde pública e a relação dessa com a saúde de cada administrado. O dever do Estado em garantir o direito fundamental à saúde o impede de aceitar argumentações por parte de administrados no sentido de que não desejam utilizar tais serviços e a consequente recusa no pagamento de tarifas. Assim, caberia ao ente administrativo compelir o administrado usuário a adimplir sua obrigação pela disponibilização do serviço. A segunda via de solução do problema se encontra no imperativo de universalização dos serviços de saneamento básico imposto pela Lei federal nº 11.445/07 em seu artigo 2º.

Quanto à dificuldade da assimetria de informação, esta se resolve pelos deveres de “disclosure” impostos pela Lei de Saneamento Básico no capítulo destinado à regulação. A lei determina o dever de os prestadores dos serviços fornecerem informações à entidade reguladora e aos usuários, bem como a obrigação de o órgão regulador dar publicidade aos relatórios, estudos, decisões e demais instrumentos referentes à regulação, à fiscalização e aos direitos dos usuários dos serviços e dos fornecedores. Assim, a ampla publicidade, como imposição legal, garantiria informações adequadas à coletividade, viabilizando o funcionamento adequado do mercado.

Conclusão

O presente artigo buscou pensar o serviço público de saneamento básico e a respectiva regulação, partindo de seu recente marco regulatório – a Lei federal nº 11.445/07.

O referido diploma legal, ao disciplinar o tema, traz uma série de disposições referentes à regulação, impondo-a ao setor e afirmando a independência do órgão criado para tal finalidade. A disciplina explícita referente à regulação, no texto legal, demonstra uma forte preocupação do legislador com o dever de transparência e de publicidade do ente incumbido da prestação dos serviços perante o órgão regulador e a população, bem como do órgão regulador com a coletividade. Trata-se de aspecto bastante importante, uma vez que reduz a possibilidade de assimetria de informação, tornando o mercado o mais hígido possível. Esse fator adquire especial importância se pensarmos em algumas empresas públicas ou sociedades de economia mista cujo objeto social constitui a prestação de determinados serviços de saneamento básico, possuem capital aberto (como por exemplo a SABESP, no Estado de São Paulo) e suas participações acionárias são comercializadas em bolsas de valores – situação em que a ausência de assimetria de informação é de grande importância para que investidores sejam atraídos, principalmente se pensarmos no mercado internacional de ações.

É também nítida na lei a preocupação com a universalização dos serviços, sobretudo ante a sua relevância para a população e sua estreita relação com a realização e garantia do direito fundamental a saúde. Certo é que políticas de universalização, para que se concretizem e logrem êxito, demandam uma base regulatória sólida.

Como grande parte dos serviços públicos, a tendência às atividades compreendidas no conceito de saneamento básico se tornarem um monopólio natural é bastante forte. Isso se deve ao fato de as infraestruturas de saneamento básico serem de custo bastante elevado, existindo uma impossibilidade de serem reproduzidas. Isso demanda uma postura do

agente regulador no sentido de que o particular detentor da posse de uma determinada infraestrutura não obstaculize a atuação de outros prestadores de serviços públicos de saneamento que demandem a utilização conjunta de tal estrutura. Aqui se faz oportuno, quiçá essencial, aplicarmos aos bens em questão o conceito de função social e franquear o seu uso em situações específicas nas quais isso se fizer necessário.

A possibilidade de externalidades também é significativa no âmbito do serviços ora analisados – tanto de âmbito positivo quanto de âmbito negativo. O agente regulador deverá buscar em seu ofício a maximização das externalidades positivas e a minimização das negativas. Quanto às últimas, merecem especial atenção aquelas que exercem impacto sobre o meio ambiente.

A diversidade de tipos de prestações abarcadas pelo conceito de saneamento básico torna possível que determinados serviços – como a coleta de lixo e o manejo de resíduos sólidos – admitam a competição entre prestadores, o que pode trazer benefícios aos usuários, reduzindo o valor das tarifas.

Por fim, tem-se que em se tratando de um serviço prestado eminentemente em regime de concessão, o contrato se torna um instrumento interessante à regulação. Porém ele deve ser pensado de forma moderna, como um instrumento organizatório das relações existentes entre as partes – poder concedente e concessionário, e não segundo os moldes do contrato administrativo tradicional, em que o ente administrativo exerce uma posição de supremacia em relação ao particular a quem o serviço foi concedido.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho publico económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica**. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

- CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.). **La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980**. Paris: L'Harmattan, 1999. p. 397-414.
- DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat. L'action publique em question**. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, a. 3, n. 10, p. 688-699, jul./set. 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos**. Universidade de São Paulo. Tese. São Paulo. 2008.
- MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NÉSTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência: compartilhamento de estruturas e redes**. São Paulo: Dialética, 2006.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5. ed., 2008.
- OHIRA, Thelma; TUROLLA, Frederico. Economia e regulação do setor de saneamento básico. In: **XVI Congresso Brasileiro de Economistas, 2005, Florianópolis**. XVI Congresso Brasileiro de Economistas, 2005, Políticas Públicas e Desenvolvimento: a armadilha do endividamento interno e externo, 2005.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POSNER, Richard. Theories of economic regulation. **The bell journal of economuics and management science**, v. 5, n. 2, 1974.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RANDALL, A. **Resource economics: na approach to natural resource and enviromental policy**. 2. ed. New York: John Wiley and sons, 1987.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência: estudos e pareceres**. Malheiros: São Paulo, 2002.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economic and Management Science**, v. 2., University of Chicago, p. 3-21.

TUROLLA, F. A. **Política de saneamento básico: avanços recentes e opções futuras de políticas públicas**. Brasília: IPEA, dez. 2002, 26p.