

PARECER JURÍDICO
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

SUMÁRIO

A CONSULTA	117
O PARECER	121
I. Os contornos do Anteprojeto de Lei	121
I.1. A estrutura essencial do Anteprojeto	122
I.2. A definição de saneamento básico	123
I.3. As competências e os relacionamentos entre entes federativos.....	125
II. Competências em matéria de saneamento ambiental.....	128
II.1. A controvérsia quanto à competência para a prestação dos serviços:	
Estados ou Municípios	128
II.1.1. O quadro constitucional de competências materiais	128
II.1.2. As posições da doutrina quanto à competência para a prestação dos serviços	129
II.1.3. A posição da jurisprudência	131
II.1.4. Algumas considerações pessoais sobre a controvérsia.....	133
II.1.5. O Anteprojeto de Lei e a questão da titularidade.....	145
II.2. A questão da transferência de competências	151
II.2.1. A possibilidade e as formas de transferência de competências de planejamento, regulação e fiscalização	152
II.2.1.a. As formas de transferência de competências de planejamento, regulação e fiscalização no Anteprojeto	152
II.2.1.b. Os limites à transferência de competências de planejamento, regulação e fiscalização	155
II.2.2. A possibilidade e as formas de transferência da prestação do serviço.	157
II.2.2.a. As formas de outorga ou delegação da prestação dos serviços no Anteprojeto	157

II.2.2.b. Os limites para a outorga ou delegação	164
II.3. O papel da União no Anteprojeto: a instituição de diretrizes (artigo 21, XX) e da Política Nacional de Saneamento Básico	165
II.3.1. A competência da União para instituir diretrizes para o saneamento básico	166
II.3.2. Limites para o desempenho do papel da União: a análise concreta das prescrições do Anteprojeto	168
II.3.2.a. A obrigação de planejar, regular e fiscalizar.....	169
II.3.2.b. A subordinação do repasse de recursos federais à adesão à Política Nacional de Saneamento Básico (PNS).....	172
III. Contornos da prestação dos serviços públicos de saneamento.....	175
III.1. Função pública <i>versus</i> atividade econômica	175
III.2. A questão da inadimplência.....	178
III.3. A questão da obrigatoriedade da conexão à rede pública	181
III.4. O direito à salubridade ambiental	183
IV. Conclusão e resposta aos quesitos	185

A CONSULTA

Honra-me o *Ministério das Cidades*, por intermédio do seu Secretário Nacional de Saneamento Ambiental e no âmbito do Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS), com Consulta versante sobre proposta de reformulação regulatória do setor de saneamento básico no Brasil. Apresenta-nos Anteprojeto de Lei, que visa a instituir “as diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e a Política Nacional de Saneamento Básico – PNS”, o qual o Poder Executivo pretende submeter à apreciação do Poder Legislativo nessa sessão legislativa.

O Anteprojeto pretende suprir lacuna imperdoável na legislação dos serviços públicos no país. Enquanto boa parte dos serviços públicos brasileiros teve seu quadro regulatório reformulado durante a década de 90, o saneamento básico ficou à margem de tal movimento. O vácuo legislativo é ainda mais grave quando se constata o grau de incerteza que paira sobre o setor, o que sem dúvida pode ser identificado como um dos principais inibidores de investimento em saneamento.

O Anteprojeto consubstancia, portanto, proposta do novo marco regulatório para o saneamento básico. Como não poderia deixar de ser, ele tange as questões mais intrincadas do setor e, não raro, do Direito Administrativo como um todo. Os contornos de seu conteúdo serão melhor explicitados ao longo deste trabalho (v. especialmente o *tópico I* infra), mas importa consignar, por ora, os elementos que o consulente pretende ver abordados no presente trabalho.

O debate jurídico mais acalorado no campo da regulação do saneamento básico diz respeito, sem dúvida alguma, à competência para a prestação destes serviços ou, ao menos, da parcela deles referente aos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Não se trata somente de debate teórico, mas também, e sobretudo, prático, de grande relevância econômica e implicações políticas. As interpretações sobre o regime constitucional de distribuição de competências entre os entes federativos são bastante díspares, mas se concentram, essencialmente, em duas frentes. Há quem sustente que, por terem caráter local, os serviços de saneamento são sempre de competência municipal, enquanto outros afirmam que diante de determinadas circunstâncias, mais ou menos abrangentes, a competência para prestar parcela ou todos os serviços que integram o saneamento básico deve ser atribuída aos Estados da Federação.

O Anteprojeto de Lei – como não poderia deixar de ser, já que nosso sistema federativo não admite atribuição infraconstitucional de titularidade – não arbitra a questão da competência

para a prestação dos serviços de saneamento básico. Contém, no entanto, em seu bojo, distinção que com ela se relaciona. O Anteprojeto distingue entre serviços públicos de saneamento básico de interesse local e serviços públicos de saneamento básico integrados, conferindo-lhes tratamentos jurídicos diferentes. Nesse sentido, uma primeira questão que o consulente pretende ver respondida diz respeito à compatibilidade de tal classificação com os preceitos constitucionais a respeito da competência dos serviços de saneamento.

Questão mais específica, relacionada à primeira, diz respeito ao disposto no artigo 25, §3º, da Constituição Federal, que trata da criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões e regiões integradas de desenvolvimento (Ride). Também este dispositivo constitucional se relaciona com a titularidade dos serviços, pois constitui o fundamento sobre o qual muitos sustentam a tese da competência estadual. Assim, faz-se igualmente relevante o confronto deste artigo da Carta Maior com as disposições do Anteprojeto, no sentido de verificar se as últimas se coadunam com o primeiro.

Além da titularidade dos serviços, o texto do Anteprojeto merece igualmente ser analisado no que se refere às hipóteses de delegação, transferência ou prestação conjunta de atividades integrantes dos serviços públicos de saneamento básico. Ele contém disposições bastante inovadoras nessa matéria, tanto no que se refere às formas jurídicas que pode adotar tal delegação ou transferência, quanto à sua natureza jurídica. Daí a necessidade de se abordar não somente se são constitucionais tais acordos de delegação ou transferência, mas também, em caso de constitucionalidade, quais os limites estabelecidos pelo regime constitucional.

Ainda no âmbito das competências, é de se notar que a Constituição Federal atribui à União a competência para instituir diretrizes para o saneamento básico (artigo 21, inciso XX). Uma das finalidades essenciais do Anteprojeto é dar conta de tal competência, o que se verifica não somente pelo conteúdo geral da lei, mas também e especialmente pelo título específico do Anteprojeto dedicado às diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico. Indaga o consulente, nesse sentido, se os preceitos constantes deste título do Anteprojeto de Lei atendem à noção de *diretrizes* e a seus limites constitucionais.

No que diz respeito às funções materiais atribuídas pela lei à União, também essas suscitam questões de mais elevada importância. Há, por exemplo, previsão no Anteprojeto de que o acesso a recursos federais será condicionado à adesão à Política Nacional de Saneamento e ao cumprimento de outras exigências expressamente enumeradas no Anteprojeto. Questiona o consulente, nesse sentido, se a exigência seria conforme com a autonomia e a isonomia dos entes federativos, bem como aos demais princípios e regras constitucionalmente assegurados. Pergunta igualmente se as exigências referidas no quesito anterior, no que se refere aos seus aspectos técnicos, podem ser disciplinadas por regulamento ou instrução, na forma como propõe o Anteprojeto de Lei. De maneira mais geral, o consulente questiona-me se as competências materiais estruturantes da União existentes no Anteprojeto – das quais tratarei no curso deste trabalho – guardam consonância com as prescrições constitucionais acima referidas.

Quanto à prestação dos serviços de saneamento propriamente ditos, o Anteprojeto toca ainda em delicada questão relativa à restrição do acesso aos serviços de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de limpeza urbana em caso de inadimplência do usuário. Também para este caso o consultante solicita análise detida, que coteje a jurisprudência existente sobre a questão. Finalmente, o consultante requer parecer sobre a constitucionalidade das normas do Anteprojeto de Lei que prevêm a ligação compulsória dos usuários às redes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Assim colocadas, de maneira bem sucinta, as questões que o consultante pretende ver respondidas, podemos resumi-las nos seguintes quesitos objetivos:

Quesito 1. A distinção entre serviços públicos de saneamento básico de interesse local e serviços públicos de saneamento básico integrados constante do Anteprojeto de Lei, bem como suas conseqüências no que tange à competência para prover tais serviços, podem ser consideradas conforme à Constituição Federal de 1988?

Quesito 2. O tratamento da regulação e da prestação dos serviços de saneamento básico nas “regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões” é consoante com a sua disciplina constitucional?

Quesito 3. A delegação, transferência ou prestação conjunta de atividades integrantes dos serviços públicos de saneamento básico, pelo ente federativo competente para prestá-las, conforme o regime estabelecido pelo Anteprojeto de Lei, é constitucional? Que formas jurídicas pode tomar tal delegação ou transferência, com base no Anteprojeto de Lei? Qual a natureza jurídica destes acordos? Quais são os seus limites constitucionalmente estabelecidos?

Quesito 4. O que se deve entender por “diretrizes para o saneamento básico”, nos termos do artigo 21, inciso XX, da Constituição Federal? As diretrizes constantes do Anteprojeto de Lei atendem a tal definição e a seus limites constitucionais?

Quesito 5. A possibilidade de a União condicionar o acesso a recursos federais à adesão à Política Nacional de Saneamento Básico (PNS) e ao cumprimento de algumas exigências previstas no Anteprojeto de Lei é constitucional?

Quesito 6. As exigências referidas no quesito anterior, no que se refere aos seus aspectos técnicos, podem ser *disciplinadas por regulamento ou instrução, na forma como propõe o Anteprojeto de Lei*?

Quesito 7. São constitucionais as normas do Anteprojeto de Lei que permitem a restrição do acesso aos serviços de abastecimento de água em caso de inadimplência do usuário (§§ 1º e 2º do artigo 6º* do Anteprojeto de Lei)?

Quesito 8. São constitucionais as normas do Anteprojeto de Lei que prevêem a ligação compulsória dos usuários às redes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (artigo 6º*, § 5º, I, e artigo 7º**, § 2º, do Anteprojeto de Lei)?

Expostos os quesitos, passamos ao texto. Ao trabalho, que, tanto quanto honroso, é ingente!

* N. do E.: O art. 6º do APL corresponde ao art. 7º do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 7º do APL corresponde ao art. 8º do PL 5296/2005.

O PARECER

Para tratar das questões levantadas na consulta, parece-me imprescindível, como ponto de partida, traçar os contornos essenciais do Anteprojeto de Lei objeto do presente trabalho, o que farei logo de início (*I*).

Abordarei em seguida a questão das competências em matéria de saneamento e a sua distribuição entre os entes federativos (*II*). Essa nos parece a questão-chave para o deslinde da maioria dos pontos de estudo deste trabalho. Trata-se, essencialmente, de analisar a aderência dos preceitos legais ao regime de atribuições e de funcionamento dos entes federativos previsto na Constituição Federal. A questão se desdobra na análise específica da titularidade para a prestação dos serviços (*II.1.*), para então abordar as possibilidades de delegação e transferência de competências pelo seu titular (*II.2.*). O estudo das competências constitucionais comporta, igualmente, a delimitação das competências da União para instituir diretrizes sobre o saneamento básico e para formular uma política nacional para o setor, conforme prevista no artigo 21, inciso XX, da Constituição Federal (*II.3.*).

Para além das questões relativas aos entes públicos e privados encarregados de prestar os serviços de saneamento básico, levantadas em relação ao Anteprojeto, o presente texto comportará igualmente ponderações quanto às condições objetivas de prestação dos serviços (*III*). Assim é que, após uma análise inicial sobre as faces que este serviço público pode assumir, como função pública e como atividade econômica (*III.1.*), abordarei duas questões específicas que dela decorrem, a saber: a questão da inadimplência (*III.2.*) e da obrigatoriedade de fruição (*III.3.*). Finalmente, tirarei todas as consequências do fato da salubridade ambiental ter sido erigida expressamente em direito coletivo pelo Anteprojeto, analisando as consequências jurídicas de tal disposição. A resposta objetiva aos quesitos (*IV*) arrematará o texto.

I. Os contornos do Anteprojeto de Lei

A complexidade e profundidade do Anteprojeto de Lei que nos é submetido justificam que se explicita, inicialmente, a essência de seu conteúdo. Ressaltei aqui os assuntos de maior relevância para o deslinde de nosso trabalho. Assim é que, após abordar *à vol d’oiseau* a estrutura básica do Anteprojeto (*I.1.*), centramo-nos na definição de saneamento básico utilizada para a confecção da lei (*I.2.*) e na abordagem da titularidade constante do Anteprojeto (*I.3.*). Para isso, servimo-nos em grande medida do texto de apresentação da versão inicial do Anteprojeto, submetido à consulta pública em meados do ano passado, datado de junho de 2004, e que me foi igualmente submetido¹.

¹ Observo, portanto, que farei remissão tanto aos dispositivos do Anteprojeto (versão de dezembro de 2004), como ao texto de introdução à versão submetida à consulta pública (versão de junho de 2004).

I.1. A estrutura essencial do Anteprojeto

Como visto anteriormente, o Anteprojeto pretende estruturar os serviços públicos de saneamento básico. Apresenta, inicialmente, dois vetores essenciais relativos ao exercício da competência normativa da União sobre o setor: *(i)* em primeiro lugar, estabelece suas diretrizes e, *(ii)* em segundo, estabelece a Política Nacional para o Saneamento Básico.

Após definir o objeto, o âmbito de aplicação da lei e os conceitos utilizados, o Anteprojeto dedica título específico às diretrizes (*título II*), distinguindo entre diretrizes gerais e diretrizes específicas para os serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos e de águas pluviais. Contém igualmente as diretrizes relativas à complementaridade dos serviços, da atividade de planejamento, de regulação e fiscalização dos serviços, de gestão dos serviços contratados, de avaliação de sua qualidade e, finalmente, de tarifação e custeio desses serviços.

As diretrizes contidas no Anteprojeto – cujo conteúdo será melhor explicitado no *tópico II.3* deste trabalho – orientam claramente *(i)* para a responsabilidade de cada instância da Administração na prestação dos serviços; *(ii)* para a importância da coordenação de esforços e da institucionalização das formas de cooperação entre as entidades; e, principalmente, *(iii)* para a necessidade e a garantia de regulação, planejamento, fiscalização e controle dos serviços prestados. Assim é que o Anteprojeto conjuga a garantia constitucional de liberdade e autonomia dos entes federativos titulares dos serviços de saneamento para regular e prestar esses serviços com a garantia de existência e qualidade desta regulação e prestação. Essa segunda ordem de preocupações é assegurada de duas formas: pela disponibilização de instrumentos de regulação que possam ser voluntariamente adotados por entes federativos que os considerem convenientes e pelo estabelecimento de regulação *défaut* aplicável em caso de omissão ou deficiência dos titulares quando do desempenho de suas tarefas regulatórias. Esses mecanismos serão melhor estudados adiante.

O Título III do Anteprojeto é dedicado à Política Nacional de Saneamento Básico (PNS). Nele está prevista a existência de Sistema Nacional de Saneamento (Sisnasa), que os entes federados podem vir a integrar, por meio da adesão à PNS e aos condicionamentos estabelecidos no Anteprojeto. Ao fazê-lo, os entes federativos não apenas abraçam os valores estabelecidos de planejamento, controle social dos serviços, critérios para fixação, reajuste e revisão de tarifas e para a delegação dos serviços, como também habilitam-se a receber recursos federais. Tem grande destaque na consecução da Política proposta pelo Governo Federal não somente a institucionalização de instâncias colegiadas de decisão e controle das atividades, como também a confecção de planos de saneamento que permitam razoabilidade, previsibilidade, certeza e integração das ações no setor. Esse mesmo título contempla ainda as disposições relativas à pesquisa científica e tecnológica para o saneamento.

entendido como o bem a ser protegido e promovido. Esse direito continua sendo a espinha dorsal do texto sob nossa análise.

I.2. A definição de saneamento básico

Antes de mais nada, o Anteprojeto de Lei tem o mérito de unificar e aportar precisão conceitual à matéria. Por vezes, a expressão “*saneamento básico*” contempla não apenas as atividades de abastecimento de água e esgotamento sanitário, como também as de limpeza pública e de manejo de águas pluviais. É exemplo disso o artigo 43, III, da Constituição do Estado de Minas Gerais. Por vezes o termo “*saneamento básico*” compreende tão-somente os serviços relacionados ao abastecimento de água e ao esgotamento sanitário. Igualmente aleatório (ora em sentido amplo, ora em sentido estrito) também é o uso da expressão “*saneamento ambiental*”.

Conforme a definição do artigo 2º, inciso I, do Anteprojeto, o saneamento básico corresponde ao “conjunto de serviços e ações com o objetivo de alcançar níveis crescentes de salubridade ambiental, compreendendo o abastecimento de água; a coleta, o tratamento e a disposição dos esgotos e dos resíduos sólidos e as demais ações e serviços de limpeza urbana; o manejo das águas pluviais; nas condições que maximizem a promoção e a melhoria das condições de vida nos meios urbano e rural”.

Por sua vez, o abastecimento de água compreende “a captação, a adução de água bruta, o tratamento, a adução de água tratada, a reservação e a distribuição de água” (artigo 2º, V), enquanto os serviços públicos de esgotamento sanitário envolvem “a coleta, a interceptação, o transporte, o tratamento e a disposição final de esgotos sanitários, incluindo os efluentes industriais compatíveis, bem como de lodos e de outros resíduos do processo de tratamento;” (artigo 2º, VI). Já os serviços de manejo de resíduos sólidos são definidos como “a coleta, o transbordo e transporte, a triagem para fins de reuso ou reciclagem, o tratamento, inclusive por compostagem, e a disposição final de resíduos sólidos domiciliares, assemelhados e provenientes de limpeza urbana” e “a varrição, a capina e a poda de árvores em vias e logradouros públicos e outros eventuais serviços pertinentes à limpeza urbana” (artigo 2º, VII).

Portanto, em síntese, nos termos do Anteprojeto de Lei, o saneamento básico compreende não somente os serviços relativos ao abastecimento de água e ao esgotamento sanitário, mas também os serviços de limpeza urbana (coleta, tratamento e disposição de resíduos sólidos e varrição) e de manejo de águas pluviais. Adota, assim, a concepção mais ampla de saneamento básico.

Cabem algumas observações sobre tal definição. Em primeiro lugar, é de se sublinhar que as fronteiras do saneamento básico, tal qual delineadas no Anteprojeto, não compreendem

a regulação dos recursos hídricos necessários à prestação dos serviços (*corpos d'água*), excetuados no caso em que tais bens sejam essencialmente dedicados à prestação dos serviços. Assim é que, nos termos do artigo 2º, § 2º*, do Anteprojeto, “os corpos d'água não integram os serviços públicos de saneamento básico, exceto os lagos artificiais cuja finalidade principal seja a captação de água para abastecimento público ou o tratamento de efluentes”.

Não haveria como tal disposição ser diferente. A regulação dos recursos hídricos, na qualidade de bens públicos de natureza escassa, obedece a pressupostos e a regras completamente distintas do serviço de saneamento. Assim é que as preocupações e os entes responsáveis pela gestão e pela preservação destes bens públicos são outros em relação ao saneamento². A intersecção entre estas lógicas distintas de gestão do bem público e de prestação dos serviços de saneamento se dá por meio do disposto no artigo 6º**, inciso I, do Anteprojeto, que confere prioridade para o consumo humano no uso do bem público “água”.

Além disso, deve-se igualmente observar que a noção de saneamento básico adotada pelo Anteprojeto parece pressupor atividade estatal, ou seja, relaciona-se à função pública de disponibilização dos serviços de provimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de águas pluviais à população. Isso porque há outras atividades exercidas pela iniciativa privada que, apesar de enquadradas como saneamento pelo Anteprojeto, não são consideradas saneamento básico por não terem relação com a obrigação do Estado de prestar tais serviços.

Assim é que o § 3º*** do artigo 2º do Anteprojeto prevê que “não constitui serviço público a ação de saneamento implementada 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 ambiental de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador”.

Tal dispositivo deixa entrever distinção entre saneamento básico e saneamento ambiental, sendo o último gênero e o primeiro espécie. Ainda que não exista definição expressa de “saneamento ambiental” no Anteprojeto de Lei, várias referências no curso do texto demonstram que as expressões não são equivalentes. Saneamento ambiental seria noção mais ampla que compreende – mas nela não se esgota – a definição de saneamento básico, esta associada à prestação de serviços públicos pelo Estado. O artigo 2º, inciso III da lei, por exemplo, ao definir o conteúdo do plano de saneamento ambiental, confere-lhe caráter amplo, compreendendo o conjunto de estudos, diretrizes, programas, prioridades, metas, atos normativos e procedimentos que define a programação das ações e dos investimentos necessários

² Sobre as competências constitucionais em matéria de recursos hídricos, ver abaixo tópico II.1.1.

* N. do E.: O art. 2º, § 2º do APL corresponde ao art. 2º, § 1º do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 6º do APL corresponde ao art. 7º do PL 5296/2005.

*** N. do E.: O art. 2º, § 3º do APL corresponde ao art. 2º, § 2º do PL 5296/2005.

para a prestação dos serviços públicos, bem como das demais soluções para a melhoria da salubridade ambiental³.

O saneamento ambiental relaciona-se, portanto, ao conceito amplo de salubridade ambiental, direito que não abarca tão-somente o saneamento básico, para abranger as áreas de saúde, meio ambiente e qualidade de vida de maneira mais geral⁴. Assim, por exemplo, as ações de saneamento de responsabilidade privada, que não constituem serviços públicos, dentre as quais o manejo de resíduos sólidos de responsabilidade do gerador (conforme definidas no artigo 2º, § 3º*) estariam incluídas no conceito de saneamento ambiental, mas não no conceito de saneamento básico⁵. É o que indica igualmente o texto introdutório da versão do Anteprojeto, submetida à Consulta Pública, ao dispor que “*ainda nos conceitos, o Anteprojeto entende os serviços públicos de saneamento básico como espécies dos serviços de saneamento ambiental (...)*.” Assim, deve-se ter em conta que as atividades envolvidas no saneamento ultrapassam o simples campo da atividade estatal, mas que, ao se falar de saneamento básico, são bem as responsabilidades estatais que estão envolvidas.

Observe-se, finalmente, que o Anteprojeto tem ainda o mérito de estabelecer claramente o âmbito dos serviços públicos de saneamento básico. Ainda que não haja dúvidas quanto ao fato destes serviços serem serviços públicos⁶, essas atividades não vêm referidas explicitamente como serviços públicos na Constituição da República. Daí a utilidade, ainda que dispensável diante da essencialidade dos serviços que compõem o saneamento, de nomeá-los expressamente como serviços públicos.

I.3. As competências e os relacionamentos entre entes federativos

É evidente a opção do Anteprojeto em não definir ou esclarecer a questão da titularidade dos serviços de saneamento. Nem poderia fazê-lo, pois, como bem lembra o texto introdutório

³ Conforme o inciso III: “plano de saneamento ambiental: no que se refere a um determinado âmbito territorial, o conjunto de estudos, diretrizes, programas, prioridades, metas, atos normativos e procedimentos que, com fundamento em avaliação do estado de salubridade ambiental, inclusive da prestação dos serviços públicos a ela referentes, define a programação das ações e dos investimentos necessários para a prestação universal, integral e atualizada dos serviços públicos de saneamento básico, bem como, quando relevantes, das demais soluções para a concretização de níveis crescentemente melhores de salubridade ambiental”.

⁴ Na definição do Anteprojeto, a salubridade ambiental corresponde à “qualidade das condições em que vivem populações urbanas e rurais no que diz respeito à sua capacidade inibir, prevenir ou impedir a ocorrência de doenças relacionadas com o meio ambiente, bem como de favorecer o pleno gozo da saúde e o bem-estar”.

⁵ Neste sentido o uso do predicado ambiental mostra-se feliz na medida em que, pela Constituição, a responsabilidade ambiental não é exclusiva do Poder Público, mas também dos particulares (cf. artigo 225, CF).

⁶ Ver a respeito meu texto *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*, a ser publicado proximamente em obra coletiva sobre as parcerias público-privadas organizada por Carlos Ari Sundfeld. Lá defendo que não é requisito essencial para que uma atividade receba o tratamento de serviço público que ela esteja prevista, enquanto tal, na Constituição. Revestindo-se ela de alguma essencialidade – relevância para a coletividade num dado momento histórico –, pode o legislador reservar-lhe o regime de serviço público, quanto mais quando não predisser que sua prestação se dê em regime de privilégio ou exclusividade.

* N. do E.: O art. 2º, § 3º do APL corresponde ao art. 2º, § 2º do PL 5296/2005.

da versão de junho de 2004, trata-se de matéria exclusivamente constitucional. Não é demais lembrar que, em nosso federalismo, a Constituição é a primeira e única fonte da divisão de competências entre entes federativos. Ainda que eventual conflito pudesse existir, esse somente poderia ser dirimido por emenda à Constituição ou ainda esclarecido ou arbitrado por interpretação da Corte Constitucional brasileira, jamais pelo legislador infraconstitucional.

No entanto, como aquele texto introdutório alerta, o Anteprojeto consolida uma posição: a convicção de que o Município tem papel crucial na prestação dos serviços. É com base neste pressuposto que o Anteprojeto faz a distinção entre serviços públicos de saneamento básico de interesse local e serviços públicos de saneamento básico integrados e estabelece formas de relacionamento diferentes entre os entes federativos.

São *serviços públicos de saneamento básico de interesse local*, conforme o artigo 2º, inciso IX, do Anteprojeto: **(i)** o sistema de manejo de águas pluviais, ou a parcela dele que receba contribuições exclusivamente de um Município; **(ii)** os serviços de abastecimento de água, quando destinados a atender exclusivamente um Município; **(iii)** os serviços de interceptação⁷, transporte, tratamento e disposição final de esgotos sanitários, quando destinados a atender exclusivamente um Município; **(iv)** o transbordo, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos, quando destinados a atender exclusivamente um Município; e, finalmente; **(v)** em qualquer caso, a distribuição de água, a coleta de esgotos sanitários, a varrição, a capina, a limpeza e a poda de árvores em vias e logradouros públicos, a coleta, a triagem, o reaproveitamento, o reuso e a reciclagem de resíduos sólidos urbanos e a microdrenagem.

Assim, entre os serviços públicos de saneamento básico de interesse local existem aqueles que ontológica e necessariamente são considerados locais, entre os quais os serviços de distribuição de água e de coleta de esgotamento, a varrição, as atividades a ela relacionadas e as primeiras etapas da cadeia de manejo dos resíduos sólidos urbanos. Existem ainda aqueles que só serão considerados locais quando suas atividades se restringirem ao território ou ao interesse de um único Município.

São *serviços públicos de saneamento básico integrados* aqueles que não são qualificados como de interesse local: a definição é residual (artigo 2º, X). Entende-se, portanto, que poderiam ser exemplos de serviços integrados, na definição do Anteprojeto, os serviços de tratamento de esgoto ou o fornecimento de água no atacado, entre outros, quando adquirissem proporção para além da local (normalmente pela necessidade de transcendência dos limites do território local para acesso aos recursos hídricos que constituem os insumos necessários aos serviços).

⁷ Não há clareza, no Anteprojeto, do que se deve entender pela atividade de interceptação. Certamente, a expressão foi escolhida para se contrapor à coleta, que é sempre local. No entanto, este é o único dispositivo que contém essa terminologia, o que pode dar ensejo a alguma confusão. Ainda assim, é possível extrair seu conteúdo. Trata-se, em minha interpretação, do elo de ligação entre a rede de coleta e a rede de transporte do esgoto.

A coexistência entre os serviços locais e integrados de saneamento depende, portanto, de articulação entre os entes federativos. A existência de serviços que extrapolam o simples âmbito local envolve a necessidade de envolver os Estados – e a União – na regulação e na prestação do serviço, ou ao menos os diversos Municípios interessados em sua prestação.

Dispõe o artigo 10* do Anteprojeto que tais *relações de complementaridade* serão estabelecidas por meio de *contrato de consórcio público* ou de *fornecimento de serviços públicos*, observada a regulação de cada ente sobre a matéria. Os consórcios públicos, referidos no artigo 241 da Constituição Federal, teriam por objeto a gestão associada dos serviços públicos de saneamento, “*bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*”. De forma análoga, o contrato de fornecimento corresponderia a contrato entre os entes para regular a prestação de serviços integrados. O contrato estabeleceria o âmbito de serviços que seriam objeto de prestação integrada, regularia as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso a tais serviços e estabeleceria as regras gerais para tal associação. Maiores detalhes destes instrumentos serão analisados ao longo do presente parecer. Importa por ora consignar que esses dois tipos de contratos permitiriam a convivência entre os diferentes interesses envolvidos e o comprometimento dos entes políticos que os representam na organização e prestação dos serviços.

Por outro lado, o Anteprojeto menciona o *contrato de programa*, instrumento que também pode regular a assunção de obrigações entre entes federativos no que se refere à prestação dos serviços ou transferência de recursos para tal finalidade, desde que no âmbito da gestão associada (artigo 241 da Constituição Federal). Contrariamente aos dois contratos acima referidos, contudo, o contrato de programa não serve a estruturar a prestação conjunta dos serviços, a delinear as fronteiras e o regime de associação entre os diferentes entes federativos. Ele serve tão-somente a disciplinar a operacionalização de serviços do ponto de vista estritamente obrigacional, tanto que não precisa ser celebrado entre entes políticos, podendo ser assinado por entidades da Administração indireta ou por consórcios públicos⁸.

Assim, a simples análise estrutural do Anteprojeto demonstra que, ainda que ele não tenha – como de fato não poderia pretender fazer – se preocupado com solucionar a questão da titularidade, a relação entre os entes federativos no desempenho das funções públicas relacionadas ao saneamento permeia toda a construção do marco regulatório proposto. Evidente o intuito de envolver e implicar – mais do que excluir – todas as esferas políticas na consecução das finalidades públicas intrínsecas ao setor. É de se analisar, então, se estas disposições lograram aderir ao panorama constitucional de distribuição de competências.

⁸ Nos termos do artigo 2º, XXII, do Anteprojeto, o contrato de programa pode ser assinado entre um ente da Federação, inclusive de sua administração indireta, para com outro, ou para com consórcio público, e regula: (i) a prestação dos serviços públicos e (ii) a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens necessários. (N. do E.: Em razão de a matéria ter sido contemplada na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, o dispositivo mencionado pelo parecerista foi suprimido do PL nº 5296/2005.)

* N. do E.: O art. 10 do APL corresponde ao art. 11 do PL 5296/2005.

II. Competências em matéria de saneamento ambiental

II.1. A controvérsia quanto à competência para a prestação dos serviços: Estados ou Municípios

A celeuma referente à competência para a prestação dos serviços de saneamento já foi amplamente explicitada pela doutrina e suas bases essenciais já se encontram delineadas na consulta do presente parecer. Permito-me, portanto, alguma brevidade tanto na descrição das competências constantes do texto constitucional (II.1.1.), quanto na descrição das posições da doutrina sobre a titularidade dos serviços (II.1.2.) e da jurisprudência (II.1.3.) sobre o tema. Apresentarei, então, a minha posição (II.1.4.), para finalmente adentrar naquilo que realmente importa para o presente trabalho, que é a análise da aderência do Anteprojeto aos dispositivos constitucionais relativos à distribuição de competências entre os entes quanto à prestação dos serviços de saneamento básico (II.1.5.).

II.1.1. O quadro constitucional de competências materiais

A repartição das competências materiais para a prestação dos serviços públicos entre os entes federativos, no regime ditado pela Constituição Federal, não deixa dúvidas de caráter teórico ou abstrato. O artigo 21 da Constituição estabelece os serviços cuja titularidade pertence à União, nomeando-os expressamente (é o caso dos serviços postais, de telecomunicações e de energia elétrica, entre outros). Compete-lhe privativamente prestar tais serviços que, por suas características ou por razões históricas, o constituinte houve por bem concentrar nas mãos da União.

Já o artigo 30, inciso V, da Constituição Federal, prevê que compete aos Municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local (...)”. Ainda que alguns serviços públicos municipais estejam expressamente referidos no texto constitucional – como por exemplo o serviço público de transporte coletivo local constante do artigo 30, inciso V –, os serviços de competência municipal não são arrolados expressamente como os de titularidade federal, mas sim delineados por meio da abrangência do interesse que encerram.

Finalmente, os serviços estaduais são definidos de maneira residual, por força do disposto no artigo 25, § 1º, da Constituição, que estabelece a competência remanescente do Estado-membro para prestar todos os serviços que não sejam de natureza local. O único serviço público cometido expressamente aos Estados-membros pela Carta Maior respeita à exploração e distribuição dos serviços *locais* de gás canalizado (artigo 25, § 2º).

previstas constitucionalmente têm o condão de alterar tal posição. Assim é que o artigo 25, § 3º, da Constituição permite que os Estados-membros instituam, por meio de lei complementar, “regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”⁹ A questão se põe então nos seguintes termos: a “*execução de funções públicas de interesse comum*” referida em tal artigo quereria dizer que, nesses casos, a competência para a prestação dos serviços deixa de ser municipal para tornar-se estadual, diante da superação do interesse local?

Deve-se observar ainda, no que diz respeito às competências materiais constantes da Constituição, que o seu artigo 23, inciso IX, prevê ser obrigação comum de todos os entes políticos brasileiros promover a melhoria das condições de saneamento básico. A doutrina atribui a tal dispositivo constitucional importância e conotações diversas, como se verá adiante **(II.1.2.)**.

Finalmente, há que se destacar que o artigo 21, inciso XX, da Carta prevê que compete à União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.” É de se discutir, nesse caso, se a competência estabelecida no dispositivo tem natureza normativa ou executiva. Isso porque ela se encontra entre as competências previstas no artigo 21, que agrupa as competências de natureza material atribuídas à União **(tópico II.3.)**.

A análise das disposições constitucionais e do histórico de sua interpretação pela doutrina **(II.1.2.)** e pela jurisprudência **(II.1.3.)** demonstra que o texto constitucional não foi suficiente, até o presente momento, para dirimir a polêmica a respeito dos contornos da titularidade destes serviços.

II.1.2. As posições da doutrina quanto à competência para a prestação dos serviços

Parece-nos desnecessário reproduzir em pormenores a discussão sobre a titularidade dos serviços de saneamento básico. De maneira geral, há quem entenda que todos os serviços integrantes da cadeia são de natureza municipal e que nenhuma circunstância pode alterar a titularidade do Município sobre tais serviços. Com menor ou maior grau de aderência a esta corrente, encontram-se José Afonso da Silva¹⁰, Eros Roberto Grau¹¹ e Íris Araújo Silva¹².

⁹ Para uma análise mais pormenorizada das regiões metropolitanas, ver infra tópico II.1.5.

¹⁰ *Direito Urbanístico Brasileiro*, 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000, página 155 e seguintes.

¹¹ *Regiões Metropolitanas: Regimes Jurídicos*. São Paulo: Bushatsky, 1974; *Regiões Metropolitanas: Uma Necessária Revisão de Concepções*, *Revista dos Tribunais*, 521/11; *Análise, Crítica e Implementação da Legislação Metropolitana*, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 40/25, janeiro, 1975.

¹² *Regiões Metropolitanas e Autonomia Municipal*, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, 1981.

Por outro lado, há quem entenda que, ainda que a competência para prestar tais serviços seja em geral dos Municípios, os Estados têm a capacidade de avocar para si tal competência, mediante lei complementar, na forma do artigo 25, § 3º. Assim, os serviços seriam municipais quando prestados em âmbito estritamente local, e deixariam de sê-lo caso houvesse lei complementar estadual que delimitasse novo espaço geográfico para seu provimento, atribuindo a titularidade ao Estado. São partidários da tese, denominada estadual-metropolitana, entre outros, os juristas Geraldo Ataliba e Rosolêa Folgosi¹³, Caio Tácito¹⁴, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵ e Luís Roberto Barroso¹⁶.

Uma terceira corrente, encabeçada por Alaor Caffé Alves, considera que a possibilidade de transferência da titularidade dos serviços para os Estados-membros não depende da instituição de região metropolitana por lei complementar, mas sim de alteração das condições técnicas ou territoriais da prestação do serviço, a ponto de justificar a necessidade de tratá-los em nível mais abrangente, ou ainda de melhor preparo da esfera de governo mais abrangente para prestar satisfatoriamente o serviço. Partindo da premissa de que todos os entes federativos têm, ao menos em teoria, competência comum em relação ao provimento dos serviços de saneamento básico, conforme o artigo 23, IX, da Constituição, o autor considera que os Estados-membros poderiam ser eventualmente chamados a exercer uma espécie de competência comum supletiva nos casos em que existe interesse regional predominante.

Assim, para o autor, se a amplitude do serviço ultrapassa o interesse local, “as competências constitucionais devem ser reinterpretadas para providenciar o ajuste necessário entre realidade e norma jurídica”¹⁷. Em síntese, “conforme as atuais disposições constitucionais, como já foi visto, os serviços de saneamento básico comportam ser gerenciados por quaisquer das três esferas de poder da República, incluindo o Distrito Federal, observadas determinadas condições resultantes quer da natureza do serviço (monopólio natural), quer das circunstâncias institucionais que demarcam âmbitos de atuação privativos (como, por exemplo, o envolvimento do interesse regional específico que não pode ser atendido pelo Município isolado, ou do interesse local quando o serviço é adequadamente realizado neste nível).”¹⁸

¹³ Ver, por exemplo, Saneamento Básico – Serviço Público Estadual e Municipal – Contrato Administrativo entre Sabesp e Município – Concessão não Ordinária, *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 9, página 105 e seguintes.

¹⁴ Saneamento Básico – Região Metropolitana – Competência Estadual (Parecer). *Revista de Direito Administrativo*, volume 222, outubro/dezembro de 2000, página 307.

¹⁵ Poder Concedente para o Abastecimento de Água, *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, 1999, página 61 e seguintes.

¹⁶ Saneamento Básico: Competências Constitucionais da União, Estados e Municípios, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 153, janeiro/março de 2002, página 255 e seguintes. Este mesmo texto é encontrado também em *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2003, páginas 117 a 144.

¹⁷ Idem, página 31.

¹⁸ Idem, página 34.

II.1.3. A posição da jurisprudência

A jurisprudência ainda não arbitrou de maneira definitiva entre as diferentes correntes relativas à titularidade dos serviços, ainda que ela deva fazê-lo brevemente. Atualmente encontra-se *sub judice*, junto ao Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto a constitucionalidade de lei complementar estadual que cria a região metropolitana do Rio de Janeiro e avoca para o Estado a titularidade sobre todos os serviços de saneamento¹⁹.

Em sede liminar, o Ministro Maurício Corrêa, relator da referida ADIn, não vislumbrou inconstitucionalidade na lei complementar, considerando que “a forma de repartição constitucional de competências visa exatamente essa atuação conjunta e integrada, que, no caso dos Estados e municípios, consideradas as peculiaridades regionais de cada um, pode ser redimensionada segundo autoriza o § 3º do artigo 25 da Carta de 1988”. Aduziu o Ministro que “esse agrupamento de municípios, que decorre inicialmente da necessidade física concreta de formação de conglomerado urbano único, não se dá para fins meramente acadêmicos, geográficos ou algo parecido, mas efetivamente para cometer ao Estado a responsabilidade pela implantação de políticas unificadas de prestação de serviços públicos, objetivando ganhar em eficiência e economicidade, considerados os interesses coletivos e não individuais. Os problemas e os interesses de cada núcleo urbano passam a interagir de tal modo que acabam constituindo um sistema sócio-econômico integrado, sem que com isso possa admitir-se a ocorrência de violação à autonomia municipal, tendo em vista o comando constitucional autorizador.”

Apesar de concordar que “sem dúvida, a instituição desse mecanismo torna relativa a autonomia municipal nas matérias que a lei complementar julgou por bem transpor para o Estado”, o Ministro considerou que a participação dos Municípios na solução dos impasses dos serviços não apenas seria desejável, “mas essencial, em face da qualificação do próprio sentido vernacular do verbo integrar utilizado pela Constituição, do qual desponta cristalino que as decisões de interesse dessas áreas deverão ser compartilhadas entre os municípios que as compõem e o Estado.”²⁰

¹⁹ Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842-5 / Rio de Janeiro, entrada no STF em 09/06/1998, Relator Ministro Maurício Corrêa, que tem como requerente o Partido Democrático Trabalhista (PDT). A ADIn questiona vários dispositivos da Lei Complementar Estadual nº 87/97, que criava a Região Metropolitana do Rio de Janeiro. A referida lei definiu como sendo “de interesse metropolitano ou comum as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um Município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como os serviços supramunicipais, notadamente : (...) saneamento básico, incluindo o abastecimento e produção de água desde sua captação bruta dos mananciais existentes no Estado, inclusive subsolo, sua adução, tratamento e reservação, a distribuição de água de forma adequada ao consumidor final, o esgotamento sanitário e a coleta de resíduos sólidos e líquidos por meio de canais, tubos ou outros tipos de condutos e o transporte das águas servidas e denominadas esgotamento, envolvendo seu tratamento e decantação em lagoas para posterior devolução ao meio ambiente em cursos d’água, lagos, baías e mar, bem como as soluções alternativas para os sistemas de esgotamento sanitário.”

²⁰ STF, ADI nº 1.842-5 / Rio de Janeiro (liminar), Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 1.04.2004.

Em outro caso concreto submetido ao Supremo Tribunal Federal, a Corte referiu-se, ainda que sumariamente, à lição de José Afonso da Silva, segundo o qual “a titularidade dos serviços comuns não pode ser imputada a nenhuma das entidades em si, mas ao Estado e aos Municípios envolvidos”²¹. Não se pode afirmar, no entanto, que esta seja uma posição firme deste colegiado, como abaixo ver-se-á.

Também no sentido da titularidade estadual de serviços de saneamento prestados em região metropolitana, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em contencioso que opõe a Prefeitura do Município de São Paulo à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), deferiu em sede liminar a suspensão da vigência da Lei do Município de São Paulo nº 13.670/2003, que regulava os serviços municipais de saneamento, por vislumbrar nela risco de inconstitucionalidade. A lei instituía o sistema municipal de regulação dos serviços públicos de abastecimento de água e de saneamento e afirmava a titularidade municipal sobre os serviços municipais. A concessão da medida liminar foi fundada em três ordens distintas de argumentação: *(i)* o fato de São Paulo ter seu sistema de aprovisionamento de água interligado com outros Municípios; *(ii)* a possibilidade de haver “*prejuízos inestimáveis e de difícil reparação*” à população com a mudança repentina de competências e *(iii)* a existência de lei complementar que cria região metropolitana na área.

Em sentido contrário, deve-se consignar que em Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei do Estado do Rio Grande do Sul, o mesmo Supremo Tribunal Federal (STF) consignou que “constitui-se a região administrativa em um organismo de gestão territorial compartilhada em razão dos interesses comuns, que tem no Estado-membro um dos partícipes e seu coordenador, ao qual não se pode imputar a titularidade dos serviços em razão da unidade dos entes envolvidos.” Ao discutir eventual vício de iniciativa quanto à lei que criou região metropolitana, o STF considerou que não haveria inconstitucionalidade, pois a lei não tratava de matéria de organização e funcionamento da Administração Pública ou do serviço público, ambos de iniciativa do Poder Executivo (artigo 61, § 1º, II, alíneas “b” e “e” e artigo 84, VI, da Constituição Federal, aplicáveis por analogia)²².

Assim, ao menos neste julgamento, a jurisprudência da Corte Suprema – em sede do Tribunal Pleno – considerou que não há transferência de titularidade de serviços públicos com a criação de região metropolitana. Uma vez que a Corte não vê a necessidade de iniciativa legislativa do Poder Executivo para a edição da lei complementar que cria a região metropolitana, ela considera que tal lei não versa sobre serviços públicos, e por isso, naquele caso concreto, não contrariaria o disposto no artigo 61, § 1º, II, “b” da Constituição Federal.

Em outro exame de constitucionalidade de lei estadual, alguns ministros do Supremo adotaram posição igualmente favorável ao reconhecimento do caráter local do serviço. A lei então em análise estabelecia normas para prestação do serviço pela Companhia Catarinense

²¹ STF, ADI 2.809-0 RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 25.09.2003.

²² STF, ADI 2.809-0 RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 25.09.2003.

de Águas e Saneamento (Casan), concessionária municipal dos serviços de abastecimento de água e entidade integrante da Administração Indireta estadual. Ainda que o Tribunal tenha se dividido em duas posições distintas, prevaleceu por cinco votos a quatro a posição de que os serviços eram de titularidade municipal e, portanto, não cabia ao Estado legisferar sobre a matéria. Como exemplo, consignou a Ministra Ellen Gracie que “sem dúvida alguma, o serviço de prestação de fornecimento de água compete ao município, ainda que seja atribuído por concessão a uma empresa, no caso uma empresa estadual.” O Ministro Carlos Velloso fez, igualmente, menção expressa à titularidade municipal do serviço, o que o tornava competente para legislar²³. Não foi feita exceção expressa ou tácita às regiões metropolitanas existentes no Estado, o que deixa entender que também estas estão abarcadas pelo princípio geral de que a titularidade dos serviços de saneamento básico pertence aos Municípios.

Conclui-se que a posição jurisprudencial sobre o tema é ainda incerta. É de se esperar que em futuro breve a Corte constitucional venha a solucionar tal celeuma, uma vez que cabe a ela – e tão-somente a ela – este papel.

II.1.4. Algumas considerações pessoais sobre a controvérsia

É de se observar, inicialmente, que a controvérsia em relação à titularidade dos serviços de saneamento básico não diz respeito – senão de maneira muito marginal – à limpeza urbana. Este serviço é reconhecido como serviço local e em praticamente todo o país é prestado em nível local, sob a responsabilidade do Município. Do mesmo modo, e independente da questão dos recursos hídricos, a atribuição das atividades de drenagem urbana não enseja muita polêmica, sendo aceita, de forma praticamente consensual, a competência municipal.

Tampouco parece haver controvérsia no que se refere à titularidade dos recursos hídricos que servem de insumo aos serviços de saneamento básico. A gestão dos recursos hídricos compete aos titulares, com base no regime geral estabelecido pela Constituição de que compete a cada um dos entes federativos gerir os bens de seu domínio, entre os quais os rios e as bacias hidrográficas que se encontram em seus limites.

Assim, competirá à União gerir os recursos interestaduais, aqueles que sirvam de limites com outros países, se estendam a território estrangeiro ou dele provenham (artigo 20, III, da Constituição). Da mesma forma, no que tange à exploração dos recursos para a finalidade de produção de energia, a Constituição estabelece a competência da União para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d’água, em articulação com os estados nos quais se situam os potenciais hidroenergéticos” (artigo 21, XII, alínea “b”).

²³ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.340-3 / Santa Catarina (liminar), Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 21.03.2001.

Aos Estados-membros, conforme o artigo 26, I, da Constituição Federal, competirá gerir os seus recursos hídricos, definidos como “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”. Por fim, pelo disposto no inciso. III do artigo 29 do Código de Águas, Decreto nº 24.643/34 (recepcionado com força de lei desde a Constituição de 1934), competiria aos Municípios gerir as águas públicas “quando, exclusivamente, situadas em seus territórios”²⁴. Entretanto, há que se verificar que não existe previsão expressa na Constituição Federal do domínio hídrico pelos Municípios. Ao contrário, a sistemática constitucional dá a entender o domínio estadual por exclusão, ou seja, todos aqueles recursos que não forem da União são considerados estaduais²⁵. Portanto, não cabe hoje aos Municípios, em princípio, titularidade sobre recursos hídricos e, por conseguinte, são despossuídos de competência material quanto à gestão e à exploração dos recursos hídricos²⁶.

A controvérsia se localiza, portanto, nos serviços relacionados ao abastecimento de água e ao esgotamento sanitário. Porém neste campo o debate se coloca em quadrantes um tanto invertidos. Onde poderia haver alguma polêmica – qual seja, nas etapas da cadeia que envolvem transcendência do território municipal (v.g. captação, adução de água bruta, tratamento, adução de água tratada e reservação de água) – vê-se menor o conflito de posições. Porém, maior celeuma é levantada no tocante ao sistema de distribuição de água e coleta de esgotos sanitários, especialmente em Municípios que demandam solução integrada que engloba diversos Municípios. Não desconheço que isso decorre da disputa pela competência para travar relação direta com o usuário (e via de consequência arrecadar tarifas e determinar como serão

²⁴ De maneira geral, a Constituição atribui a todos os entes federativos (União, Estados e Municípios) o poder de legislar e de gerir os seus bens. No que concerne à água e à sua gestão, não se trata mais de disciplinar um serviço – como é o caso do saneamento – mas de um bem. Conforme o artigo 22, V, da Constituição, é de competência privativa da União legislar sobre águas e energia. Segundo o parágrafo único do mesmo artigo, tal competência pode ser delegada aos Estados, por lei complementar, no que concerne a questões específicas das matérias relacionadas. Ainda, os Estados da Federação “podem dispor sobre o aproveitamento de seus bens e a utilização de recursos hídricos sob o seu domínio, nos termos da competência que lhes conferem o artigos 25, § 1º (competência remanescente) e 26, incisos II e III”. Aos Municípios caberá suplementar a legislação estadual e federal.

²⁵ Essa é, por exemplo, a posição de Hely Lopes Meirelles, segundo quem “os rios públicos, na partilha constitucional desde 1946, ficaram repartidos entre a União e os Estados-membros, sem se atribuir qualquer domínio fluvial ou lacustre aos Municípios, o que importa derrogação do artigo 29 do Código de Águas, que os distribuía entre as três entidades estatais” (*Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995, 21. edição, página 475). Com diferente redação, mas no mesmo sentido, v. a mesma obra, 2004, 29. edição, página 537 e seguintes. É de se notar, contudo, que o texto da Constituição de 1988, ao se referir à União, diz *lagos, rios e quaisquer correntes de água* e quando se refere aos Estados alude às *águas superficiais ou subterrâneas, emergentes e em depósito*, no que se evidencia sutil diferença nas características dos recursos hídricos reconhecidos a cada um destes entes.

²⁶ Poder-se-ia, ainda, argumentar que os recursos hídricos que se esgotam em um único Município e que constituem, portanto, estrito interesse local, sujeitam-se ao âmbito de atuação dos Municípios (conforme o princípio do interesse local e o princípio de que cada ente cuida dos bens que se encontram sob o seu domínio). Mesmo esta tese é controversa. A corroborá-la pode invocar a competência legislativa do Município que permitiria, em tese, que o próprio Município arrogasse para si a competência material de gestão dos rios que se encontrassem dentro de seus limites territoriais. Ainda assim, não se pode olvidar que a gestão dos recursos hídricos, na disposição literal da Constituição, cabe seja à União, seja aos Estados da Federação. Tal gestão compreende, evidentemente, a outorga para a exploração dos referidos recursos, seja ela para particular, seja ela para entidade integrante da Administração Pública.

prestados os serviços), o que põe o foco da prestação na etapa mais local da cadeia (o vértice usuário final). Porém digo e repito que tais quadrantes se mostram equivocados, pois não consigo ver como o fato de, no vértice da cadeia oposto ao usuário, os serviços demandarem soluções transmunicipais implicar a descaracterização das etapas de distribuição de água e de coleta de esgotos como atividades intrinsecamente locais (e portanto cabentes aos Municípios)²⁷.

Pois bem. Delimitado o problema, passo à sua apreciação. O fato de que alguma parcela do serviço de saneamento urbano venha a ser caracterizada como serviço local, quando prestado nos estritos limites do Município, não parece trazer dúvidas, ao menos não para a quase totalidade da doutrina e da jurisprudência.

Nesse sentido, pode-se citar como exemplo o precedente de julgamento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade movida pelo Governo do Estado de São Paulo contra disposição da Constituição Paulista, no qual o STF reconhece o enquadramento de, ao menos em algumas de suas etapas, dos serviços de saneamento no disposto no artigo 30, inciso V, da Constituição.²⁸ Importante seria, então, saber a extensão dos serviços de caráter local que seriam de titularidade dos Municípios. A verdade é que nem todas as atividades integrantes do plexo saneamento básico terão caráter local (ou, dito de melhor maneira, nem todas podem ser equacionadas no âmbito estrito do território de um Município). Porém, sempre há etapas da cadeia que têm caráter local (especialmente o vértice da cadeia: coleta e distribuição). É desse caráter local que decorre a competência municipal ou transmunicipal para a prestação dos serviços.

Verifica-se na cadeia de saneamento básico que há etapas invariavelmente municipais – dado seu caráter local – e outras que podem vir a transcender o âmbito de atuação dos Municípios. As etapas de distribuição de água e de coleta de esgotos parecem ser intrinsecamente locais, pois envolvem rede capilarizada que acentua sua proximidade aos usuários e à localidade em que se inserem. Já a captação e a adução de água dependem das características hidrológicas da região e da forma como nelas se dão o uso e ocupação do solo, podendo tais serviços ter caráter local ou não. Finalmente, as etapas intermediárias da cadeia – como a coleção e distribuição no atacado e o tratamento de água bruta e de esgoto – têm, em

²⁷ Lembre-se – e retomarei este exemplo mais adiante – que existem serviços públicos municipais (porquanto locais) quer têm no *upstream* uma cadeia de serviço público da União sem perder sua característica local. É o caso da iluminação pública, ponta posterior à cadeia de energia elétrica, encerrada no âmbito da competência material da União na distribuição deste insumo.

²⁸ O artigo 293 da Constituição do Estado de São Paulo dispõe que “os Municípios atendidos pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo poderão criar e organizar seus serviços autônomos de água e esgoto”. Por sua vez, seu parágrafo único, contestado na ação, previa que “a indenização devida à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo será ressarcida após o levantamento de auditoria conjunta entre a Secretaria da Fazenda do Estado e o Município, no prazo de até vinte e cinco anos.” Ao julgar a cautelar, o STF claramente expôs que “o *caput* do artigo 293 da Constituição paulista, não impugnado, está em consonância com o que dispõe o artigo 30, V, da Constituição Federal, porquanto prevê que cabe aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local.” (STF, ADI nº 1746-6 São Paulo (medida liminar), Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 18.12.97).

princípio, caráter local, mas podem assumir características supralocais em função da configuração hídrica específica.

A análise da cadeia de saneamento básico permite, portanto, concluir que, em princípio, prevalece a competência municipal para a prestação de tais serviços, sejam eles relacionados à limpeza urbana e ao manejo de águas pluviais, sejam eles, ainda, relacionados com o abastecimento de água e de esgoto²⁹. E isso por várias razões.

Tenho como certa a existência do interesse local nas atividades de distribuição de água e de coleta de esgotos sanitários³⁰. Não convém retomar aqui toda a discussão doutrinária a respeito do que se deve entender por “interesse local”. É de se ressaltar, como fazem os estudiosos que se dedicaram à matéria, que o “interesse local” de que trata a Constituição em seu artigo 30 substitui o “peculiar interesse” constante da Carta anterior. Não é interesse exclusivo ou privativo do ente político ao qual se atribui a competência, mas sim de predominância de seu interesse em relação aos demais. Nesse sentido é o entendimento de Alaôr Caffé Alves³¹ e Hely Lopes Meirelles³².

O caráter local dos serviços de saneamento básico, ainda vistos como um conjunto, decorre da natureza de cada uma das etapas da cadeia de valor dos serviços públicos analisados.

²⁹ Ver, no mesmo sentido, nosso *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*, anteriormente referido.

³⁰ Como disse anteriormente, não cogito de haver dúvidas de que os serviços de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos (domiciliares ou não) estão no plexo de competências dos Municípios, da mesma forma como a drenagem urbana. Não sendo o tema objeto de polêmica relevante, pouparei maiores perorações a seu respeito. Considero apenas que nos serviços de limpeza urbana todas as etapas da cadeia podem, em tese, ser realizadas no âmbito territorial de um mesmo Município. Se tal fazer se mostra economicamente viável ou ambientalmente conveniente é outro tema. Em princípio se pode dar solução final a resíduos em qualquer municipalidade (embora uma planta de incineração de resíduos incrustada na mancha urbana não seja recomendável). Porém, tecnicamente, isso é possível. A desnecessidade de um insumo eventualmente escasso ou inexistente no território municipal (como a água no saneamento) predica que todas as etapas da cadeia de coleta de resíduos possam ser tratadas como serviço de âmbito local. Neste sentido registro, sem capitular, a contrariedade de muitos técnicos, do Governo e de fora dele, em face deste meu entendimento.

³¹ *“Começamos pelo Poder Concedente Municipal. Conforme doutrina, o interesse local se caracteriza como interesse dominante e não como interesse exclusivo do Município. Esta posição é extremamente adequada, mormente nos dias de hoje, em que as atividades locais estão profundamente entramadas com as de outras localidades de nível regional, nacional e até internacional (globalização). Se fossemos procurar o interesse exclusivo do Município, pouquíssimas questões sobrariam como de sua competência.”* (grifamos). *Saneamento Básico. Concessões, Permissões e Convênios Públicos*. Bauru: Edipro, 1998, 1. edição, página 73 e seguintes.

³² *“O interesse local, já definimos, não é o interesse exclusivo do Município, porque não há interesse municipal que o não seja, reflexamente, do Estado-membro e da União. O que caracteriza o interesse local é a predominância desse interesse para o Município em relação ao eventual interesse estadual ou federal acerca do mesmo assunto”. (Direito Administrativo Brasileiro, 29. edição. São Paulo: Malheiros, 2004, página 331). Ou ainda “... tudo quanto repercutir direta e imediatamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também indireta e mediatamente ao Estado-membro e à União. O provimento de tais negócios cabe exclusivamente ao Município interessado, não sendo lícita a ingerência de poderes estranhos sem ofensa à autonomia local. Pode e deve o Município repelir tais interferências.” (Direito Municipal Brasileiro, 6. edição. São Paulo: Malheiros, página 68, grifos nossos).*

Mesmo que cada uma delas seja condição necessária para que as demais ocorram, parece igualmente óbvio e intuitivo que aquela etapa que maior valor e maior relevância terá para o usuário final do serviço público corresponde àquela em que ele trava maior contato com o serviço. Ora, no caso do abastecimento de água e de esgotamento sanitário, as etapas de distribuição de água e de captação de esgoto, ambas por meio de rede capilarizada de natureza local, são as faces visíveis e palpáveis destes serviços públicos de saneamento. É nesse momento que a função pública dos serviços – a disponibilização de utilidade essencial à população, para sua fruição – se consuma. A atividade de entrega da utilidade ou de prestação final ao usuário possui, em essência, caráter local. Não tem ela a característica de atacado ou de construção de uma plataforma (rede) de abrangência nacional, obrigatoriamente integrada num único sistema, intercomunicante. As atividades tanto de distribuição (entrega final) de água, quanto de coleta pontual de esgotos, podem ser, em tese, organizadas e concebidas de forma insular, sem qualquer prejuízo para o funcionamento do serviço de saneamento como um todo. A integração a ser observada se dará no campo dos parâmetros ambientais, mas isso não desnatura o caráter local das atividades, haja vista que o respeito ao Meio Ambiente deve perpassar todas as atividades econômicas, sejam serviços públicos ou não, prestados no âmbito nacional, estadual, municipal, distrital.

A afirmação não decorre tão-somente de bom senso. A análise da sistemática constitucional favorece a consideração da rede de distribuição ou de coleta como um indício da existência e preponderância de interesse local. Assim é que, no caso da distribuição canalizada de gás, a Constituição viu-se na necessidade de atribuir expressamente ao Estado a realização deste serviço porque envolvia a prestação de serviço “local” de gás canalizado. É bom notar que esta é uma exceção constitucional à regra de os serviços públicos estaduais não serem expressamente referidos no texto, tendo caráter residual. A prescrição explícita da competência estadual sobre estes serviços reforça minha convicção de que as atividades de distribuição final³³ têm caráter local. Portanto, a *contrario sensu* da expressa prescrição constitucional sobre o gás canalizado, os demais serviços com as mesmas características (rede de distribuição ou coleta que atinge o domicílio do indivíduo) deverão se considerados locais, de competência municipal portanto.

Poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que também a eletricidade e as telecomunicações possuem a entrega da utilidade por meio de rede capilarizada de distribuição. Contudo, em um caso como no outro, a estrutura da rede e o funcionamento do serviço pressupõem centralização que parece inexistir – ou existir em baixo grau e intensidade – no saneamento. Esses serviços – como outros atribuídos à União – caracterizam-se pela necessidade de integração da infraestrutura, padrões de interoperabilidade e lógica supralocal e supra-

³³ Eis aqui uma outra peculiaridade do saneamento nos serviços de água e esgoto. Diferentemente das demais indústrias de rede (energia elétrica, gás, telecomunicações), a cadeia é fechada tendo num dos vértices o usuário (consumidor de água e produtor de dejetos) e no outro os recursos hídricos (de onde se capta água a ser tratada, transportada e distribuída e nos quais são despojados os resíduos coletados, após – espera-se – terem sido ambientalmente tratados). Isso dificulta que caracterizemos propriamente etapas de *upstream* e *downstream* nestes serviços. Se tomarmos o usuário como referência, o *upstream* seriam os serviços de água e o *downstream* o esgotamento. Por isso adotarei para os serviços de distribuição e coleta de esgoto sanitário a designação vértice, colocando o usuário como referência.

regional. No caso da energia, não somente o despacho é centralizado, mas o sistema é interligado como um todo, e sua gestão depende de um único operador nacional. No caso das telecomunicações, a própria natureza do serviço não conhece fronteiras e inviabiliza qualquer idéia de prevalência do interesse local. Se, no caso do saneamento, o planejamento centralizado é importante para que não haja desperdício ou esgotamento da infraestrutura e dos insumos naturais, também é verdade que o serviço pode ser executado de maneira segmentada e isolada, localmente. E lembremos que estes serviços inicialmente eram de competência municipal e foram transferidos, por força constitucional, para a União. O próprio fato de a Carta referir-se a eles expressamente como de titularidade da União (cf. artigo 21, incisos XI e XII, “b”) reforça o entendimento aqui esposado.

É bem verdade, por outro lado, que assim como no caso da energia, os serviços de abastecimento de água podem depender de insumo (recurso hídrico de natureza regional, não local. Entretanto, o fato de depender de outro bem ou serviço no vértice da cadeia oposto ao usuário, esse de natureza mais geral e, portanto, de titularidade de outro ente federativo, em nada compromete a natureza local do serviço. É o exemplo da iluminação pública, serviço público de titularidade municipal que depende de bem (eletricidade) e de infra-estrutura (de transmissão) de titularidade federal. Tal fato só vem a reforçar que o caráter local dos serviços no vértice usuário prepondera sobre o vértice oposto da cadeia.

Também é verdade que a rede em si (infraestrutura) empregada para dar conta dos serviços de saneamento básico pode ter configuração integrada, que extrapola o âmbito municipal. Ainda nesse caso, apesar de considerar que não pode deixar de haver iniciativa concertada do ente federativo local e regional, não nos parece ser possível falar em transferência da titularidade dos serviços, mas tão-somente na necessidade de implicar os demais entes, sem, contudo, excluir a titularidade municipal.

E isso, por duas razões. Primeiramente, o fato de existir integração da rede não tira o caráter local do serviço. A parte da rede destinada à distribuição ou coleta não perde sua importância e sua relevância para a prestação dos serviços em razão da existência de ramificações e de conexões da rede com outros sistemas. O que há é a sobreposição de interesses que devem ser tutelados no caso de integração de redes, o que justifica e torna extremamente saudável a possibilidade de gestão associada do serviço.

Além disso, parece-nos inviável, do ponto de vista jurídico, fazer a titularidade dos serviços depender das circunstâncias concretas da infra-estrutura física que lhe serve de suporte. A titularidade é necessariamente abstrata e não pode ser refém das circunstâncias concretas nas quais o serviço é prestado. Fosse assim, e a mera reestruturação dos serviços no sentido de integrar ou isolar as redes levaria a enorme variação regulatória, quando o pressuposto essencial para regulação deste calão são a segurança e a estabilidade jurídica.

metropolitana, em razão da simples presença de integração que alce o interesse local a interesse regional. A origem da titularidade inicia-se e esgota-se na Constituição e nos limites que esta impõe. Não seria possível, nesse sentido, que a titularidade pudesse ser sustentada na competência comum prevista no artigo 23, IX, e compartilhada indistintamente entre todos os entes federativos. Não há confundir-se o caráter incitativo do artigo 23, IX, com a atribuição de titularidade para a prestação do serviço.

A norma em referência atribui a todos os entes o dever de zelar pela consecução dos serviços, de garantir sua continuidade, universalização, qualidade. Eles todos podem – e devem – agir, mesmo porque integram federalismo de cooperação que os impele à ação e os impede de simplesmente omitir esforços para a disponibilização do serviço essencial à população. Atente-se para o fato de que o inciso IX alude expressamente ao concurso dos três entes para promover a melhoria nas condições de saneamento básico e não para organizar e prestar estes serviços (como é a locução do artigo 30, V, CF). Dar interpretação mais ampla ao disposto neste artigo 23 nos levaria a posições absurdas. Entender que a previsão de competências comuns contida no *caput* importaria em atribuição de competência material sobre todas as matérias listadas nos incisos permitiria, por exemplo, admitir que os Municípios poderiam atuar no policiamento ostensivo apenas porque têm competência comum para “combater os fatores de marginalização” (inciso X), competindo-lhes, por exemplo, coibir a cooptação de jovens pelo tráfico de entorpecentes. Ou então daria ao entes municipais, ao arremisso do artigo 184 da CF, competência para promover a reforma agrária entendida como forma de “fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar” (inciso VIII).

Certamente não é esse o conteúdo do artigo 23. Ele não contempla atribuição de titularidade concorrente sobre as atividades necessárias para implementar as pautas constitucionais contidas nos seus artigos. O que lá vemos, isto sim, é o imperativo de atuação coordenada, de cooperação dos entes federados com vistas ao atingimento daquelas pautas. Tanto assim é que o parágrafo único do artigo 23 reforça este caráter prevendo a edição de lei complementar que discipline a cooperação predicada no dispositivo aos entes federados.

Do artigo 23, XI, não decorre a atribuição a todos os entes federados da competência para a prestação dos serviços de saneamento. Se todos os entes federativos tivessem a titularidade do serviço, seriam obrigados a desempenhá-lo concomitantemente, o que evidentemente consistiria em desperdício inexplicável de recursos³⁴. Mais: teria também a União as competências comuns que menciona. Ora, disso não se cogita. O artigo 23, em todos os seus incisos, deve ser interpretado em conjugação com os demais artigos da Constituição, prescritores de competências específicas repartidas entre os entes. Assim como não pode a União, por conta do referido artigo, se arrogar como “titular” dos serviços de saneamento, também não podem os Estados fazê-lo. O dispositivo em referência determina, isso sim, que tais entes venham a

³⁴ Neste mesmo sentido, ver BARROSO, Luis Roberto. Saneamento Básico: Competências Constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 153, janeiro/março de 2002, página 255 e seguintes; ATALIBA, Geraldo; FOLGOSI, Rosolêa. Saneamento Básico – Serviço Público Estadual e Municipal – Contrato Administrativo entre Sabesp e Município – Concessão não ordinária, *RTDP*, nº 9, página 114, ainda que as conclusões destes últimos autores sejam distintas.

prever em seu orçamento programas para essa melhoria, geralmente operacionalizados por meio de convênios com os entes federados, ou mesmo criar uma empresa para operar o saneamento, caso receba a concessão do Município³⁵.

Da mesma forma, não nos parece possível esposar o entendimento de que a mera edição de lei complementar que crie região metropolitana tenha o condão de alterar a competência para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico e permitir ao Estado avocar a competência para prestá-los³⁶. Tal hipótese contrariaria, *ab initio*, o princípio federativo, que exige autonomia e isonomia entre os entes. Ao Estado-membro seria facultado transferir competência de Município para si próprio, como se pudesse se sobrepor ao autogoverno municipal. Isso corresponderia a hierarquizar as competências federativas, atribuindo aos Estados a prerrogativa constitucional derivada para, por lei complementar, suprimir competências materiais de Municípios situados em áreas conurbadas, gerando competências municipais desuniformes. A autonomia municipal é garantida nos artigos 29, 30 e 31 da Constituição e dá ao Município, entre outros poderes, o de auto-regulação, autogoverno, poder normativo e o poder de auto-sustentabilidade em nível local. Não poderia uma lei complementar relativizar tal estrutura federativa.

Nesse sentido, há que se ressaltar que, em um sistema federal, as competências iniciam-se e se esgotam na Constituição Federal. Poder-se-ia afirmar que tal possibilidade de lei complementar alterar a titularidade de serviço público está prevista na própria Constituição, diante de autorização contida no artigo 25, § 3º. Um paralelo poderia mesmo ser estabelecido com o artigo 22, parágrafo único, da Constituição Federal, que prevê a transferência de competências entre entes por meio de lei complementar. Esse último dispositivo constitucional autoriza a União a delegar aos Estados, por meio de lei complementar, a competência para legislar sobre normas específicas em matérias que lhe são de competência privativa. Deve-se observar, no entanto, que se trata de competência legislativa e não de titularidade para a prestação de serviço público, atividade que pressupõe menor mobilidade e maiores investimentos – de recursos e de pessoal – do ente federativo que assume a tarefa. Mais do que isso, a transferência de competências contidas no artigo 22 refere-se tão-somente a questões específicas, o que dá a entender que o âmago da titularidade conferida constitucionalmente à União restará intacta. O mesmo não ocorreria no caso da criação das regiões metropolitanas, com a transferência integral da competência dos serviços. Por fim, e isso é o principal, a regra do artigo 22 confere ao titular da competência a possibilidade de optar pela delegação e não que o delegatário resolva, unilateralmente, avocar a competência do ente competente. Ou seja: cuida-se de previsão constitucional de delegação e não de avocação de competências entre entes federados. Dessa, no âmbito do federalismo brasileiro, não se pode nem cogitar. E, se cogitável fosse, ela deveria vir expressa – e não supostamente sugerida – no texto constitucional.

³⁵ A União inclusive chegou a controlar empresas que prestavam serviços de abastecimento e de esgotamento sanitário, como, por exemplo, em Montes Claros, onde os serviços eram prestados pela Companhia de Água e Esgotos do Nordeste (CAENE). Para uma visão histórica da prestação dos serviços de saneamento no Brasil, especialmente do papel desempenhado pela União, ver REZENDE, Sonaly Cristina e HELLER, Léo. *O saneamento no Brasil – Políticas e Interfaces*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

³⁶ Ver nosso *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*, já referido.

Por outro lado, a possibilidade de alteração infraconstitucional da titularidade dos serviços públicos de saneamento conferiria instabilidade jurídica injustificável ao setor. Admitir a transferência de competência ao bel-prazer dos Estados, com a possibilidade de alteração do *status* do serviço público a cada modificação legislativa (edição, não edição – omissão – ou revogação de lei complementar), seria inadmissível. Consequência disso seria evidente risco para a continuidade dos serviços, hipótese que certamente não foi cogitada ou incentivada pelo legislador constituinte, sobretudo diante da essencialidade do serviço público de que se está tratando.

Afastado este entendimento, restaria dizer a que serve, então, a prescrição do artigo 25, § 3º, da Constituição Federal. Se os Municípios podem se reunir isoladamente, por exemplo por meio de consórcio público (artigo 241 da Constituição); se a criação de região metropolitana não tem o condão de avocar a competência para a prestação dos serviços públicos para o Estado, por que tal previsão constitucional?

A meu ver, a constituição jurídica de região metropolitana, por meio de lei complementar estatal, faz com que nova dimensão regional seja acrescida (mas não substituída) à local. Ela obriga a que os Municípios, ao exercerem suas competências locais – que permanecem intocadas –, coordenem seus esforços de maneira integrada e tenham em conta o fenômeno regional. A região metropolitana tem a natureza de “área de serviços especiais”, de natureza meramente administrativa³⁷. É consenso que não se trata de novo ente federativo ou entidade estatal intermediária entre o Estado e os Municípios, mas sim de âmbito geográfico supralocal, que demanda uma nova lógica integrada de organização dos serviços. Assim, a instituição de região metropolitana obrigaria os entes envolvidos ao planejamento, à unificação e à coordenação dos serviços de interesse comum.

Uma vez incluídos na região metropolitana, os Municípios são obrigados a obedecer aos parâmetros regionais. Ao mesmo tempo, a constituição da região metropolitana oficializa poder-dever atribuído especificamente aos Estados, para além do artigo 23, inciso IX da Constituição, de assumir suas responsabilidades em relação ao saneamento quando estiver presente interesse regional específico. Tornam-se necessários a coordenação, a integração, o fomento de políticas regionais, a inclusão nas questões que desbordam o simples território dos Municípios envolvidos. Ressalto que Parece-me, pois, que a idéia de um monopólio estritamente local de prestação de serviços não tem nenhum sentido numa República Federativa como o Brasil. Faz sentido na França, que não adota o federalismo, ainda que mesmo lá o modelo estritamente local demonstre suas insuficiências.³⁸

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, 8. edição, página 75.

³⁸ Sobre as insuficiências do modelo de monopólio local francês, bem como para uma comparação deste com os modelos inglês, português, alemão e italiano, ver GUERIN-SCHNEIDER, Laetitia. *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France*. Thèse de doctorat, École nationale du génie rural, des eaux et des forêts, Paris, 2001.

É poder-dever do Estado criar critérios para a prestação dos serviços por meio da atuação legislativa, diante da presença de interesse supralocal. Tal participação estadual constitui decorrência do pacto federativo, que exige solidariedade entre os diferentes entes que compõem a Federação. O desígnio constitucional do artigo 25, § 3º, é claro: trata-se de estabelecer, do ponto de vista institucional, novo centro de preocupação regional quando da prestação dos serviços de interesse comum. Responde aos princípios de articulação e de coordenação das competências, de planejamento e eventualmente de execução conjunta, mas não afeta a titularidade dos serviços, que permanece inalterada³⁹.

Pode-se neste sentido estabelecer analogia da regra de coordenação do artigo 25, § 3º, com aquela prevista no artigo 23, parágrafo único, da Constituição, que também trata do papel estruturador de lei complementar. O artigo 23 trata das competências comuns entre todos os entes federativos, enquanto o seu parágrafo único estabelece que lei complementar fixará normas para a cooperação da União com os entes federados, “*tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.*” Não se trata, evidentemente, de remanejar as competências estabelecidas no artigo 23, mas sim de instituir instrumentos para a coordenação das ações e políticas da União com vistas às finalidades estabelecidas no artigo. De forma análoga, *o artigo 25, § 3º não serve para alterar competências, mas sim para prever o estabelecimento de regras de coordenação.* Tanto assim é que na Constituição anterior *o papel de editar a lei complementar que instituía a região metropolitana nem sequer cabia ao Estado-membro, mas sim à União*⁴⁰. Nesse caso, torna-se ainda mais flagrante o absurdo de se retirar dos Municípios o poder-dever de assegurar a prestação de um serviço público para atribuir sua titularidade ao Estado, em sede infraconstitucional, por meio de lei complementar. Deve-se reconhecer, portanto, que a criação de região metropolitana não importa transferência ou avocação de competências.

Assim é que, como vimos anteriormente (tópico II.1.3.), há precedente jurisprudencial que afirma que a constituição de região metropolitana não constitui disposição que diga respeito, direta ou indiretamente, à prestação de serviços públicos. No mesmo julgamento, o STF provê uma definição do que seria região metropolitana, nos seguintes termos: “Não se trata, portanto, de estruturação e funcionamento de um órgão do Estado apenas, hierarquicamente subordinado ao Governador, mas de organismo composto de diversos entes federados que, em posição de igualdade, somam esforços em prol do bem comum, abrindo mão cada qual de parte de suas respectivas

³⁹ Partindo de perspectiva diametralmente oposta, Caffé Alves chega às mesmas conclusões aqui expostas. O autor considera que a lei complementar não serve a alterar a titularidade dos serviços, já que sempre que houver comunhão de interesses em relação a vários Municípios, o Estado será competente para a intervenção em nível regional. No entanto, a instituição de região metropolitana serve a alterar a situação institucional da prestação do serviço, pois torna obrigatória a integração dos Municípios em nível regional, mas, ao mesmo tempo, condiciona o exercício do poder normativo estadual à adesão dos Municípios (CAFFÉ ALVES, Alaôr. *Saneamento Básico – Concessões, Permissões e Convênios Públicos*, 1998, página 122 e seguintes).

⁴⁰ Sob o regime da Constituição de 1967 (artigo 157, § 10), que inaugurou a previsão constitucional das regiões metropolitanas, competia à União, por meio de lei complementar, o estabelecimento das regiões metropolitanas, “constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum.”

autonomias administrativas em benefício da harmonia do conjunto de todos eles (...)”⁴¹. É essa concepção de região metropolitana que acredito ser a mais correta.

Um derradeiro paralelo pode ser feito com a criação de regiões. Também estas são constituídas por meio de lei complementar, que inaugura um espaço geográfico de intervenção diferenciada. Nesse caso, no entanto, trata-se de iniciativa da União, isoladamente, que se relaciona com os planos regionais e com os planos nacionais de desenvolvimento econômico e social (artigo 21, IX e 43, § 1º, I e II). Apesar de querer significar, implicitamente, maior ingerência e atuação diferenciada da União sobre tais regiões, no intuito de combater as desigualdades regionais (artigo 43, *caput*), nada no texto constitucional relativo à constituição das regiões, por meio de lei complementar, permite inferir a intenção ou a possibilidade de transferência de titularidade dos serviços. Trata-se tão-somente de concentrar esforços de planejamento e ação nestas áreas.

Concluo, portanto, o presente tópico reafirmando a convicção de que os serviços de saneamento (especialmente nas etapas próximas ao vértice usuário) têm em geral natureza local e são, portanto, de titularidade municipal. Isso evidentemente não quer dizer que o Município possa exercer suas competências de maneira a ignorar ou inviabilizar os serviços ou os interesses de outras localidades. Aí é que entra não apenas a disposição constitucional do artigo 25, § 3º, que obriga a consideração da dimensão regional do saneamento básico, mas do princípio federativo como um todo.

Um ente federativo não pode exercer sua competência no sentido de frustrar o interesse dos demais, como já pude asseverar em outra oportunidade⁴². Basta tomar um exemplo análogo, que respeita a outro serviço integrante do saneamento básico. Se todos os Municípios decidirem-se pela interdição de disposição de lixo industrial em seu território, logo teremos um impasse quanto ao local onde dispor destes resíduos. O acúmulo das legislações municipais acarretaria em abuso de sua competência legislativa, pois impediria o desempenho das atividades que geram tais despojos. E tal circunstância não leva a se alterar a competência municipal sobre os serviços de coleta, transporte e tratamento final de resíduos, a meu ver uma atribuição municipal irrefutável.

Diga-se de passagem, eventual “abuso” de Municípios no exercício de sua competência mereceria – e tenderia a ser – sancionado pelo Poder Judiciário. Assim é que a jurisprudência tem dado vários sinais de que não admitirá o exercício abusivo de competências legítimas dos entes federativos, quando estes comprometem a atividade de outros entes federativos. O STF e outros tribunais já consideraram que não podem os Estados e Municípios, sob o argumento de proteção ao meio ambiente e à saúde pública, simplesmente inviabilizar o exercício de atividade

⁴¹ STF, ADI 2.809-0 RS, Tribunal Pleno, Relator Ministro Maurício Correa, j. 25.09.2003.

⁴² Ver nosso parecer, inédito, a respeito dos limites ao exercício das competências legislativas de Estados, Municípios e Distrito Federal sobre as atividades de instalação e operação de estações transmissoras de radiofrequência e sobre a limitação de exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos.

de interesse público que ultrapasse o seu âmbito. Servem de exemplo a instalação de equipamentos nucleares⁴³, a comercialização de metanol⁴⁴, ou ainda a plantação de organismos geneticamente modificados⁴⁵.

Assim, não há razão para se falar em alteração da competência em razão da co-existência de um interesse supralocal ao lado do interesse local – este último, sempre presente no saneamento. A obrigação de utilização da competência municipal para a prestação dos serviços de saneamento com cautela e responsabilidade, como quaisquer outras competências constitucionalmente estabelecidas, garante que não serão preteridos os demais interesses presentes na região. Isso não bastasse, há ainda o mecanismo institucional de coordenação de esforços previsto no artigo 25, § 3º, da Constituição, que não importa em transferência de competências aos Estados, já que os Municípios integrantes das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões previstas nesse dispositivo podem atuar de forma coordenada, tendo em vista a necessidade de atender interesses comuns.

Independentemente das questões teóricas acima levantadas, é de se observar que, na prática, a prestação dos serviços de saneamento básico tem sido realizada tanto por empresas estaduais quanto por empresas municipais. Se no caso dos serviços relacionados à limpeza urbana e ao manejo de águas pluviais, sua prestação é garantida essencialmente por órgãos e entes municipais, no caso dos serviços de água e esgotamento urbano o quadro é bem mais prenhe de nuances.

De todos os elos da cadeia dos serviços de água e esgotamento sanitário, a distribuição da água e a coleta do esgoto são aqueles que mais frequentemente são assegurados por órgãos da administração direta ou indireta municipal, que se encarregam igualmente do relacionamento com o usuário final. As fases iniciais da cadeia da água (captação, adução, reservação e tratamento da água) e as fases finais da cadeia de esgoto (notadamente o tratamento) são

⁴³ Ao se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de emenda à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que pretendia vedar a possibilidade de instalação de equipamentos nucleares no Estado, sob argumento de natureza ambiental, o STF insistiu sobre o fato de que os Estados sequer têm competência para legislar supletivamente sobre energia nuclear, não podendo fazê-lo, por vias transversas, com base em competência difusa de proteção ambiental (STF, Tribunal Pleno, Rp 1130/RS, Rio Grande do Sul, Relator Ministro Néri da Silveira, j. 26.09.1984).

⁴⁴ Trata-se de posição do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em ação direta de inconstitucionalidade que versou sobre a interdição, pelo Município paulista de Campinas, de distribuição, comercialização e consumo de metanol. O Tribunal considerou que *não há como se sobrepor a legislação federal que regulou o assunto, no sentido de autorizar tais atividades*. Isso porque, no seu entender, a decisão não incumbe às autoridades legislativas locais, mas sim às autoridades legislativas do Poder Central, pois concerne à política de combustíveis. (TJSP, Ementa nº 32976, ADI 12368/SP, Relator Desembargador Bourroul Ribeiro, j. 30.01.91)

⁴⁵ A discussão submetida à apreciação do STF dizia respeito, em apertada síntese, à possibilidade de vedação de tal plantio por lei estadual, que tivesse sido editada com base na competência concorrente dos Estados para a proteção do meio ambiente e saúde pública. Em sede cautelar, considerou o STF que havia plausibilidade nas alegações de inconstitucionalidade por invasão à competência privativa da União, bem como potencial ofensa às normas relativas à competência concorrente (STF, Tribunal Pleno, ADI 3035 MC / PR – Paraná, Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 10.12.2003).

freqüentemente executadas por companhias estaduais. Há, no entanto, localidades em que os serviços de água e esgotamento sanitário são integralmente garantidos por entidades municipais e outros por entidades estaduais. Fato é que Estados e Municípios em localidades diversas possuem infra-estrutura de saneamento de sua titularidade, para a qual fizeram investimentos e planejamento de longo prazo, que devem ser levados em consideração. É dizer que qualquer que seja a solução apontada para o caso das competências, não se poderá jamais prescindir da cooperação e da coordenação entre os entes federativos quanto à prestação destes serviços.

Como asseverei em estudo pretérito⁴⁶, apesar de o poder estatal ser distribuído entre vários entes políticos autônomos e isonômicos entre si, todos esse entes são orientados por finalidade última comum, que os obriga a agir de maneira coordenada e harmônica. É por esse motivo que os diferentes entes federados devem observar postura de lealdade e solidariedade em relação às demais esferas de poder que compõem o Estado. São como navios distintos, cuja trajetória ora é paralela, ora se entrecruza. Vão todos, porém, para o mesmo destino e devem estar todos em movimento. Não há como remar em sentido contrário ou desviar (a si ou aos outros) da rota, ou ainda obstar o percurso dos demais.

Sob essa perspectiva, o fato da titularidade dos serviços de saneamento permanecer local não autoriza o Município, em qualquer hipótese, a desconsiderar as implicações regionais e nacionais de suas atividades. Independentemente da institucionalização ou não de região metropolitana, é sua obrigação cooperar e não minar os esforços dos demais entes (na forma do artigo 23, inciso IX) para promover melhorias nos serviços, conforme atribuição constitucional.

II.1.5. O Anteprojeto de Lei e a questão da titularidade

Como já consignado no *tópico I.3*, o Anteprojeto não arbitra – como não poderia aliás fazer – entre as diferentes correntes a respeito da titularidade. Não lhe é permitido resolver, por meio da lei infraconstitucional, as controvérsias de divisão de tarefas entre entes federativos. Em decorrência, o Anteprojeto desenvolve mecanismo amplo de articulação de responsabilidade entre entes federativos, independentemente de qual deles seja considerado, pelas instâncias competentes – em último caso, a jurisdicional – como titular dos serviços. Não nomeia quem é ou deixa de ser titular do serviço, apenas regula, em traços gerais, como estes – e os demais entes interessados – deverão agir em relação aos serviços de saneamento.

O Anteprojeto define o que se entende por titular dos serviços de saneamento⁴⁷, dando grande ênfase às atividades de planejamento, regulação e prestação direta ou indireta do serviço que lhe incumbem. Estabelece ao longo de todo o texto regras específicas que

⁴⁶ Trata-se mais uma vez do parecer inédito a respeito dos limites ao exercício das competências legislativas de Estados, Municípios e Distrito Federal sobre as atividades de instalação e operação de estações transmissoras de radiofrequência e sobre a limitação de exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos.

⁴⁷ Artigo 2º, XV*: “titular do serviço público: o ente da Federação detentor da competência para prover o serviço público, especialmente por meio do planejamento, regulação, fiscalização e prestação direta ou indireta”. (* N. do E.: O art. 2º, inciso XV, do APL corresponde ao art. 2º, inciso XVI, do PL 5296/2005.)

expressam o exercício pleno da titularidade pelo ente federativo que a detiver, seja ele Estado, Município ou Distrito Federal. É o titular quem regula as condições de prestação do serviço que lhe compete, como, por exemplo, as hipóteses de restrição de acesso (artigo 6º*, § 1º), a compulsoriedade da fruição (artigo 6º*, § 5º), a auto-sustentabilidade econômico-financeira dos serviços (artigo 30) ou o reajuste de preços (artigo 35), entre outros. É a ele que compete formular seus próprios regulamentos e contratos, a menos que deseje voluntariamente adotar – por ação ou omissão – os modelos oferecidos pela regulamentação federal⁴⁸. Também lhe incumbe traçar as normas procedimentais que devem nortear seus atos, como, por exemplo, a realização de audiência pública (artigo 12**, § 3º).

Por outro lado, o Anteprojeto também faz referência às figuras do prestador e do regulador dos serviços de saneamento. Define inicialmente o que se deve entender por prestação⁴⁹, por fiscalização⁵⁰ e por regulação⁵¹. Depois, passa a disciplinar o exercício de cada uma destas atividades, independentemente das características subjetivas do agente que vier a executá-las. Os papéis descritos no Anteprojeto não se relacionam com a titularidade ou a propriedade dos entes que os desempenham, mas sim com a atividade prática de cada agente.

Assim, o prestador dos serviços, para a finalidade da lei, é aquele que entra em contato com o usuário final na qualidade de executor das tarefas materiais que compõem o saneamento básico. Poderá ser, nesse sentido, um particular concessionário do serviço, órgão da administração direta ou indireta, concessionário ou não dos serviços, de âmbito municipal, estadual ou distrital⁵². A eles, atribui deveres específicos que decorrem de sua atividade,

⁴⁸ Ver adiante, tópico II.3.

⁴⁹ Artigo 2º, XIV: “prestação de serviço público: a execução, em estrita conformidade com o estabelecido na regulação, de toda e qualquer atividade ou obra com o objetivo de permitir o acesso a um serviço público com características e padrão de qualidade determinados.”

⁵⁰ Artigo 2º, XIII: “fiscalização: as atividades de acompanhamento, monitoramento, controle e avaliação, exercidas pelo titular do serviço público, inclusive por entidades de sua administração indireta ou por entidades conveniadas, e pelos cidadãos e usuários, no sentido de garantir a utilização, efetiva ou potencial, do serviço público.”

⁵¹ Artigo 2º, XII: “regulação: todo e qualquer ato, normativo ou não, que discipline ou organize determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impactos sócio-ambientais, os direitos e obrigações dos cidadãos, dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação, a política e sistema de cobrança, inclusive a fixação, reajuste e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos.” Para um confronto com a nossa definição de regulação, ver nosso Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.), *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, página 213 e seguintes.

⁵² Convém aqui aportar alguma precisão a respeito do conceito de prestador. O artigo 16, § 1º [* N. do E.: o art. 16, § 1º do APL corresponde ao art. 17, § 1º do PL 5296/2005.] dispõe que “o prestador do serviço não poderá exercer as funções de regulação e de fiscalização.” Considerada a noção de prestador acima delineada, poder-se-ia concluir que o Anteprojeto exige a transferência dos serviços públicos para outra pessoa jurídica, o que seria uma consequência necessária da interdição de cumulação das funções de regulação/fiscalização e prestação dos serviços por uma mesma pessoa jurídica. Parece-nos, entretanto, que o Anteprojeto não exige que a separação se faça entre pessoas jurídicas distintas, mas sim entre órgãos e entidades distintas. Tanto é que faz referência, ao longo do texto proposto, aos “órgãos e entidades reguladores.” Assim, seria necessário que a função regulatória e fiscalizadora, inclusive aquela relativa à fixação das tarifas, ficasse a cargo de um órgão distinto (por exemplo, um colegiado) daquele encarregado da prestação dos serviços.

* N. do E.: O art. 6º do APL corresponde ao art. 7º do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 12 do APL corresponde ao art. 14 do PL 5296/2005.

como o de avisar com antecedência as interrupções dos serviços (artigo 6º*, § 3º), de receber, apurar e solucionar queixas de seus usuários (artigo 20**, § 2º), de elaborar e distribuir manual de prestação do serviço (artigo 21, I***), de apresentar relatório anual individualizado com informações relativas ao controle da qualidade da água (artigo 21****, IV) ou de efetuar sua avaliação interna (artigo 27*****). Evidencia-se assim que a relação com o usuário é crucial na determinação da figura do prestador de serviços. Prevalece a perspectiva de direito do consumidor/direito do administrado.

O Anteprojeto faz também referência à figura do *prestador local* de serviços de saneamento básico⁵³ e ao *prestador do serviço de distribuição de água*⁵⁴. A referência a estes dois prestadores específicos não se confunde com a figura constitucional do titular do serviço, nem com o Município necessariamente, ainda que a definição de serviço de interesse local do artigo 2º, inciso IX, pareça remeter diretamente à noção de interesse local constante do artigo 30, inciso I, da Constituição. Analisemos, então, estas definições.

Como mostrei anteriormente, os serviços de natureza local são compostos de atividades que sempre serão caracterizadas como locais (notadamente a distribuição de água, a coleta de esgotos sanitários, a varrição, a capina, a limpeza e a poda de árvores em vias e logradouros públicos, a coleta, a triagem, o reaproveitamento, o reuso e a reciclagem de resíduos sólidos urbanos e a microdrenagem) e de outras que podem ser locais ou integradas.

A distinção não guarda relação direta com a atribuição ou o reconhecimento de titularidade dos serviços, ainda que ela tenha conseqüências importantes para o nível de envolvimento de cada ente federativo em sua prestação. O Anteprojeto não determina qual ente político é titular para qualquer das atividades classificadas como saneamento básico pelo artigo 2º, sejam elas de interesse local ou integradas. Ele tão-somente procede à classificação dos serviços para permitir aos serviços arranjos distintos, em conformidade com o nível e a pluralidade de interesses envolvidos.

Exsurge do texto, entretanto, que os serviços de interesse local serão essencialmente organizados e providos pelos Municípios, o que é consoante ao regime constitucional e não é objeto de grande contestação, nem para aqueles que defendem a possibilidade de o Estado-membro ver sua competência engajada em algumas circunstâncias.

⁵³ Ver, por exemplo, o artigo 11 parágrafo único, que estabelece a obrigação para o *prestador local* de destacar nos documentos de cobrança o valor da remuneração dos serviços integrados. (N. do E.: O art. 11 do APL corresponde ao art. 12 do PL 5296/2005).

⁵⁴ Ver artigo 21, IV, pré-citado.

* N. do E.: O art. 6º do APL corresponde ao art. 7º do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 20 do APL corresponde ao art. 21 do PL 5296/2005.

*** N. do E.: O art. 21, I do APL corresponde ao art. 22, III do PL 5296/2005.

**** N. do E.: O art. 21, IV do APL corresponde ao art. 22, IV do PL 5296/2005.

***** N. do E.: O art. 27 do APL corresponde ao art. 26 do PL 5296/2005.

A classificação entre serviços de interesse local ou integrados tem como consequência essencial a existência ou não de medidas de coordenação capazes de integrar os esforços dos diferentes entes no sentido da ponderação, respeito e consecução de todos os interesses envolvidos, sobretudo o de provimento de serviço de qualidade, de forma regular, contínua e universal. Assim é que, para os serviços de interesse local, a necessidade de coordenação entre entes políticos é menor, demandando menor regulação.

Para os serviços integrados – que constituem o pomo da discórdia na questão da titularidade – o Anteprojeto garante a articulação entre os entes envolvidos na sua prestação, por meio de várias disposições. Repare que também nesse caso não há preocupação, no Anteprojeto, com a titularidade dos serviços, mas somente com a execução das atividades de regulação, fiscalização e prestação de tais serviços integrados, para as quais ele estabelece regras tanto para o titular – seja ele Município ou Estado – quanto para os demais entes federativos envolvidos. O espírito da lei no que diz respeito à regulação destes serviços encontra-se expresso no artigo 17* do Anteprojeto: “os entes da Federação interessados regularão e fiscalizarão em conjunto os serviços integrados”. Ou seja, independentemente de quem detiver a competência para a prestação dos serviços, a regulação é atividade que cabe a todos os entes envolvidos. Tal diretriz coaduna-se perfeitamente com o espírito do artigo 23, inciso IX, da Constituição, que incita a todos os entes a adotar as medidas necessárias a promover a melhoria do saneamento básico⁵⁵.

Na mesma senda, o artigo 10** do Anteprojeto estabelece princípio de complementaridade que deve reger a relação entre os serviços locais e os serviços integrados. Prevê, nesse sentido, a formalização das relações entre os entes envolvidos por meio de dois instrumentos contratuais distintos: o contrato de consórcio público ou o contrato de fornecimento de serviços, ambos devendo ser precedidos de plano regional aprovado pelas partes envolvidas.

É constitucional estabelecer por meio de lei federal a forma como deve se dar o relacionamento entre dois entes federados na consecução conjunta de um serviço público, da forma como foi regulada a questão no Anteprojeto de Lei. Os contratos de consórcios públicos refletem compromisso de maior integração estrutural entre os entes envolvidos, com a finalidade de prestar os serviços de interesse comum. A lógica da comunhão de interesses e da cooperação se sobrepõe a uma lógica mais obrigacional, em comparação com o contrato de fornecimento. Embora este último se aproxime, no regime do Anteprojeto, do contrato de consórcio público, ele traduz de maneira mais sinalagmática os papéis e as obrigações de cada um dos entes envolvidos⁵⁶.

⁵⁵ Sobre as diretrizes estabelecidas pela União e a sua constitucionalidade, v. abaixo, tópico II.3.

⁵⁶ Sobre a natureza e o conteúdo do contrato de fornecimento de serviços de saneamento básico, ver infra tópico II.2.2.a.

* N. do E.: O art. 17 do APL corresponde ao art. 18 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 10 do APL corresponde ao art. 11 do PL 5296/2005.

Não me parece que as formas contratuais estabelecidas no artigo 10* sejam excludentes de outras formas de ajustes, que podem ser cumuladas com elas quando da formalização das relações entre entes políticos. Exemplo disso é o convênio de cooperação, que também é previsto no Anteprojeto⁵⁷, como uma forma de associação entre os entes políticos com vistas à execução de projetos e atividades comuns no setor. O artigo 22 do Anteprojeto veda a realização de termos de cooperação, convênios ou outros instrumentos de natureza precária para a delegação dos serviços, como adiante se verá. Porém, parece ser possível enquadrar a relação entre entes federativos fora deste âmbito, o que autorizaria o emprego destes instrumentos não contratuais.

No entanto, o artigo 10* indica claramente para a necessidade de celebração de um contrato – acordo de valor jurídico firme e estável – para a formalização das relações entre entes federados no que diz respeito ao provimento conjunto dos serviços integrados. Trata-se de iniciativa no sentido da erradicação de convênios ou outras formas não contratuais de associação, o que só pode ser bem-vindo. A informalidade, a precariedade e a ausência de engajamento – ou mesmo de compromisso – nas relações travadas entre entes federativos, acentuadas por essas formas lassas de associação tal qual o convênio, têm sido causadoras de grandes prejuízos e quebras de expectativa no setor. Ao contrário de fortalecer os laços de cooperação, tais acordos terminam por ser veículo para todo o tipo de iniquidade entre entes federativos e tornam precária a prestação de um serviço essencial, em prejuízo de seu usuário, a que a União deve proteger por meio das diretrizes que a Constituição previu fossem por ela editadas.

No que diz respeito, especificamente, às regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões ou regiões integradas de desenvolvimento, o mesmo artigo 17** consigna, em seus §§ 1º e 2º, que:

“§ 1º. Atendido o disposto no *caput* deste artigo, a regulação dos serviços em região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou região integrada de desenvolvimento observará o disposto na lei complementar que as instituir.

§ 2º. Sem prejuízo do disposto no § 1º deste artigo, a regulação e a fiscalização dos serviços poderão ser exercidas por meio de consórcio público.”

⁵⁷ É o que se depreende, por exemplo, do disposto no artigo 70 do Anteprojeto, que pretende alterar dispositivo da Lei de Licitações para prever nova hipótese de dispensa de licitação. O novo inciso do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 contaria com a seguinte redação: “XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação, ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.” Presume-se portanto que o convênio de cooperação poderia igualmente autorizar a celebração de contrato de programa, e seria apto, portanto, a regular a prestação de serviços integrados por dois ou mais entes federativos.

* N. do E.: O art. 10 do APL corresponde ao art. 11 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 17 do APL corresponde ao art. 18 do PL 5296/2005.

Nesse mesmo sentido, o artigo 14*, § 2º, do Anteprojeto consigna que os planos de saneamento ambiental deverão ser compatíveis com “o disposto em lei complementar que institua região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou região integrada de desenvolvimento” (inciso V).

Ao mesmo tempo, conforme o artigo 55**, é exigência do Anteprojeto, para que se encontre em conformidade com as prescrições do Sistema Nacional de Saneamento (Sisnasa), que o Estado elabore os “planos regionais de saneamento ambiental para as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, que tenham serviço público de saneamento básico como função pública de interesse comum, bem como nos casos em que o Estado promover ações vinculadas a serviços públicos de saneamento básico integrados”.

Ao fazê-lo, deverá conformar-se às diretrizes da legislação federal.

Assim, de um lado, a regulação estadual que institui essas organizações administrativas intermediárias integra a regulação mais geral sobre o saneamento e deve ser considerada quando da edição de qualquer regulação sobre serviços integrados, seja ela de que instância for. De outro lado, a regulação estadual (plano regional) deve se conformar às diretrizes gerais da lei federal, sobretudo aquelas que regem a coordenação das diferentes instâncias na regulação e prestação dos serviços integrados.

Tampouco essas disposições parecem ferir qualquer preceito constitucional relativo à titularidade dos serviços de saneamento. Queira-se ou não emprestar à criação das regiões metropolitanas o condão de transferir tal competência aos Estados-membros, há necessidade de coordenação entre as instâncias envolvidas, e é isto que organiza o Anteprojeto.

Nesse sentido, ele se insere perfeitamente no espírito das regiões metropolitanas em seu regime – mais explícito que o atual – da Carta de 1967, que se imbuía de espírito de organização e planejamento federativo. Veja-se que o conteúdo da Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973, à época atribuição da União, que estabeleceu as regiões metropolitanas de São Paulo, Porto Alegre, Belo Horizonte, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza, muito se aproxima do conteúdo que se pretende emprestar, no Anteprojeto, à regulação dos serviços integrados. Tal lei criava órgãos colegiados de deliberação, com representantes estaduais e municipais, com competência para o planejamento, a coordenação, a execução e a unificação dos esforços comuns⁵⁸. Não transferia a titularidade dos serviços para o Estado, admitindo várias formas para a execução dos serviços comuns pelos Municípios, de maneira integrada, dentre as quais a celebração de convênios, a constituição de empresa específica para isso, ou ainda a concessão para empresa estadual.

⁵⁸ Ver, por exemplo, HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, página 639 e seguintes.

* N. do E.: O art. 14 do APL corresponde ao art. 15 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 55 do APL corresponde ao art. 52, inciso II do PL 5296/2005.

Conclui-se, portanto, que as distinções e os condicionamentos efetuados pelo anteprojeto não têm incidência direta sobre o regime de competências de alçada constitucional. O Anteprojeto observa lógica de coordenação, e não exclusão, de instâncias reguladoras e garantidoras da prestação de serviços de qualidade. Seja ou não a titularidade municipal, a prestação dos serviços integrados demandará a presença de mais de um ente federativo, daí uma certa “neutralização” da controvérsia a respeito da titularidade dos serviços.

Como já tive a ocasião de afirmar, mais importante do que a simples solução da “queda-de-braço” entre Estados e Municípios é a existência dos mecanismos de articulação exercidos pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios⁵⁹. Ciente de tal fato, o Anteprojeto funciona sob a lógica da inclusão, da integração e do comprometimento de todos os entes federativos no planejamento, execução e controle dos serviços de saneamento básico.

A pluralidade de formas integrativas previstas no Anteprojeto, das quais poderão – e deverão – lançar mão os entes federativos, chama a atenção. São previstos instrumentos cogentes de regulação, como, por exemplo, as diretrizes do Anteprojeto ou a lei complementar que instituir região metropolitana. Há instrumentos conjuntos de planejamento e deliberação, como os órgãos colegiados e os planos de saneamento ambiental. Estão igualmente previstos instrumentos contratuais de associação entre os entes, como o contrato de consórcio público ou o contrato de fornecimento de serviços públicos. Outras formas não contratuais são ainda aceitas pelo Anteprojeto, tal qual o convênio de cooperação, ainda que as formas conveniais estejam claramente preteridas em relação às formas contratuais, na clara intenção de conferir transparência, estabilidade, responsabilidade e engajamento dos diferentes órgãos, em defesa da estabilidade dos serviços e da proteção do direito dos usuários.

II.2. A questão da transferência de competências

Trata-se aqui da possibilidade de outorga, delegação ou transferência de competência de qualquer natureza, não somente a transferência da prestação dos serviços de saneamento por seu titular. Convém diferenciar, então, entre as competências de natureza normativa e as competências de natureza material, relacionadas à execução do serviço. Convém igualmente diferenciar entre a delegação cujo beneficiário é particular e a transferência de competências entre entes federativos. São estes os quatro temas deste tópico.

Previamente, é necessário aportar alguma precisão terminológica previamente a esta discussão. O Anteprojeto parece adotar a terminologia disposta por Hely Lopes Meirelles no que diz respeito às formas de transferência de competências relacionadas a serviços públicos. Segundo o falecido autor, essas podem se dar por outorga ou delegação. A *outorga* corresponderia à transferência perene e definitiva da titularidade ou da execução do serviço, por meio de lei, para entidade especificamente criada pelo Estado para tal tarefa (autarquias,

⁵⁹ Ver nosso Aspectos Regulatórios em um Novo Modelo para o Setor de Saneamento Básico no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, nº 229, abril/junho de 2000, páginas 79 a 94.

fundações públicas e empresas estatais). Já a *delegação*, ainda na classificação de Hely, corresponderia à transferência tão-somente da tarefa de prestar serviço público pertencente ao Estado, por via unilateral ou contratual. A delegação não se faria por lei, mas sim por ato ou contrato administrativo, de caráter transitório (com prazo certo) e pressuporia a existência prévia da entidade delegatária. A delegação permitiria a prestação do serviço por empresas privadas, sociedades comerciais ou civis, e por indivíduos⁶⁰.

No Anteprojeto, tal distinção evidencia-se no artigo 22*, § 1º. É de se observar, contudo, que outras disposições no próprio Anteprojeto utilizam as expressões como sinônimas, como por exemplo a definição de delegação onerosa de serviço público de saneamento básico, que inclui o “pagamento ao titular pela *outorga* da concessão de serviço público de saneamento básico”.

A escolha pode levar a alguma confusão. Com efeito, a própria Constituição adota terminologia diferente, que assemelha os dois institutos. Assim é que o artigo 223, por exemplo, prevê a competência do Poder Executivo para “*outorgar* e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens”, referindo-se, evidentemente, à hipótese de transferência transitória e contratual de competência para a execução do serviço. Para fins deste trabalho, adotarei a distinção que a lei efetua, no intuito de melhor discernir seu conteúdo. De maneira genérica, considero que o termo “transferência” é gênero do qual são espécies tanto a outorga quanto a delegação, pois assim dá a entender o Anteprojeto. É de se observar, no entanto, que a aplicação posterior das normas do Anteprojeto requererá cautela e poderá levar o intérprete mais desavisado a conclusões errôneas. Feitas estas observações, passo à análise dos dispositivos constantes do Anteprojeto sobre a matéria.

II.2.1. A possibilidade e as formas de transferência de competências de planejamento, regulação e fiscalização

É possível ao titular dos serviços ou ao ente competente para planejar, regular e fiscalizar a prestação dos serviços transferir tais poderes para outros entes federativos ou para outras entidades integrantes do Poder Público? (II.2.1.aa.) Caso se considere possível tal transferência, quais seus limites e sob quais formas pode ser formalizada? (II.2.1.b.). Eis as questões sobre as quais me debruçarei neste tópico.

II.2.1.a. As formas de transferência de competências de planejamento, regulação e fiscalização no Anteprojeto

Não há dúvida de que a transferência é constitucional quando ela tem como destinatário entidades pertencentes à própria Administração titular dos serviços, como por exemplo para

⁶⁰ Ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. edição. São Paulo: Malheiros, 2004, página 332 e seguintes; página 366 e seguintes.

* N. do E.: O art. 22 do APL corresponde ao art. 23 do PL 5296/2005.

autarquias ou os próprios órgãos que integram a Administração Direta. Contudo, nesse caso, o planejamento, a regulação e a fiscalização do serviço permanecem sob os auspícios de seu titular. O destinatário da transferência é apenas uma divisão administrativa ou um braço criado para dar conta da competência que lhe incumbe constitucionalmente.

No âmbito no Anteprojeto, o artigo 16* a um só tempo prevê que *(i)* compete ao titular, antes de qualquer outro ente, a regulação e a fiscalização permanente da prestação dos serviços públicos de saneamento básico e que *(ii)* tais atividades podem ser efetuadas por órgão ou entidade de direito público do titular dos serviços.

O § 3º** do mesmo artigo faculta ao titular, “por meio de *convênio de cooperação* com entidade pública, transferir o exercício de funções de fiscalização ou receber apoio técnico para as suas atividades de regulação”. O convênio de cooperação seria, portanto, uma primeira alternativa para a transferência de tais competências para outra entidade, desde que essa tivesse natureza pública e que as atividades transferidas dissessem respeito exclusivamente à fiscalização e ao apoio técnico necessário à atividade de regulação.

A previsão de transferência de tais atividades é perfeitamente constitucional, vez que se espelha na previsão do artigo 241 da Constituição, segundo o qual “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

Há que se entender a finalidade e os contornos exatos do dispositivo constitucional. Ele trata de formas de associação e de coordenação entre entes federativos no intuito de gerir serviços públicos de maneira conjunta ou coordenada, por meio do regramento da prestação dos serviços e da alocação de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais conforme as necessidades e as possibilidades de cada um dos entes envolvidos. Trata-se, mais uma vez, de manifestação do federalismo de cooperação, pelo qual não apenas todos os entes devem concorrer para a promoção dos serviços públicos essenciais, como também devem cooperar para auxiliar aos entes com menor capacidade de investimento e de ação, como é o caso dos Municípios de menor porte. O dispositivo pretende, portanto, permitir e incitar os entes federativos de maior porte (União e Estados) a contribuir com a prestação de tais serviços.

A evocação do artigo 241 da Constituição faz igualmente pensar na figura dos consórcios públicos. O Anteprojeto reconhece os entes consorciais como o meio idôneo para transferir competências relativas ao planejamento, regulação e fiscalização dos serviços de saneamento

* N. do E.: O art. 16 do APL corresponde ao art. 17 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 16, § 3º do APL corresponde ao art. 17, § 4º do PL 5296/2005.

básico. O artigo 17* do Anteprojeto prevê que “os entes da Federação interessados regularão e fiscalizarão em conjunto dos serviços integrados”, enquanto seu § 2º admite que, “sem prejuízo do disposto no § 1º deste artigo, a regulação e a fiscalização dos serviços poderão ser exercidas por meio de consórcio público.”

Pode-se inferir de tais dispositivos todas as diferenças que eles encerram. Por meio do convênio de cooperação, segundo o Anteprojeto, o titular é autorizado a transferir parcela das atividades de fiscalização e de realização de estudos técnicos prévios à regulação. A transferência nesse caso é fragmentária e diz respeito tão-somente a atividades de mera execução (v. abaixo *tópico II.2.1.b.*).

Já no caso do contrato de consórcio público, instrumento mais estável e com enquadramento legislativo que se pretende mais rígido e consistente, é possível o exercício do conjunto de atividades entendidas como regulação e fiscalização de serviços.

Mas a constituição de consórcio público significa, para fins constitucionais, que o titular dos serviços se desincumbe de sua tarefa de regulação e fiscalização em favor de outro ente federativo?

Tenho para comigo que não. Na forma como foram delineados em Projeto de Lei específico, enviado pelo Governo Federal ao Congresso Nacional⁶¹, os consórcios públicos podem ser constituídos sob a forma de pessoa jurídica de direito público, sujeito de direitos e deveres diferenciado dos entes que o compõem, ainda que, evidentemente, não venham a se constituir em novo ente da Federação.

Entretanto, os consórcios públicos integram a estrutura da Administração Indireta de todos os entes da Federação que o celebram. Por este motivo, ao transferir para consórcio público a competência para regular e fiscalizar os serviços, o ente deles titular mantém sob a sua responsabilidade a realização destas atividades. A constituição de consórcio público corresponde, portanto, a uma *forma de exercício* das competências regulatórias e fiscalizatórias do titular do serviço, e não a um mecanismo para transferi-las a outro ente. Isso se evidencia pela própria dicção do referido artigo 17*, § 2º, do Anteprojeto submetido à nossa análise, ao prever que a regulação e a fiscalização dos serviços poderão ser exercidas *por meio de* consórcio público. Uma vez que o consórcio público pertence (não só, mas também) à estrutura do titular do serviço, não há falar-se em transferência da regulação do serviço – ao menos não no sentido de o titular desvincular-se de suas atribuições constitucionais. Pode-se, sim, falar em associação com outros entes federativos para a sua execução. Por este motivo, o artigo 17*, § 2º, do Anteprojeto há de ser considerado conforme aos limites constitucionais de transferência das competências de planejamento, regulação e fiscalização.

⁶¹ Referimo-nos ao Projeto de Lei nº 3.884, de 2004, ora em trâmite na Câmara dos Deputados. (N. do E.: As propostas do Projeto de Lei citado foram incorporadas na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 – Lei dos Consórcios Públicos.)

* N. do E.: O art. 17 do APL corresponde ao art. 18 do PL 5296/2005.

II.2.1.b. Os limites à transferência de competências de planejamento, regulação e
fiscalização

Vimos anteriormente que o artigo 16* do Anteprojeto reconhece ao titular dos serviços a competência para a regulação e a fiscalização permanente da prestação e admite o seu exercício “por órgão ou entidade de direito público do titular dos serviços”. Não deixa transparecer, assim, nenhuma possibilidade de transferência integral destas atividades para outros entes da Federação ou para particulares.

Ao fazê-lo, o Anteprojeto coaduna-se com o regime constitucional de atribuição de competências. Não é autorizado ao titular dos serviços rejeitar a responsabilidade que lhe é atribuída constitucionalmente. Assim, ainda que se admita que parcela das atividades materiais de execução atinentes ao exercício de tais competências possam ser delegadas, é vedado aos titulares abrir mão (*v.g.* renunciar) das competências regulatórias e fiscalizatórias em sua essência, sob pena de inconstitucionalidade.

Já consignei em outra oportunidade que a atividade de regulação pode ser identificada com seis núcleos diferentes de competências. A regulação envolve o manejo de *i)* competências normativas; *ii)* competências adjudicatórias; *iii)* competências fiscalizatórias; *iv)* competências sancionatórias; *v)* competências arbitrais e finalmente *vi)* competências de recomendação ou orientação⁶².

Ainda que, no presente contexto, a regulação esteja definida de maneira menos extensa – contrapondo-se, por exemplo, à fiscalização – deve-se reconhecer que os núcleos básicos da atividade regulatória, notadamente as competências normativas e adjudicatórias, devem permanecer intactos. A doutrina não parece dissentir em relação a este conceito, ainda que nem sempre seja tranqüila a definição das fronteiras da delegação. Nesse sentido, entre tantos outros, o pensamento de Alaôr Caffé Alves, que considera que a hipotética delegação pelo Município de competências materiais relacionadas à prestação dos serviços não faz com que se perca “a substância jurídica dessa atividade, principalmente a normativa regulamentar, que corresponde ao exercício de sua autonomia em matéria de saneamento básico local.”⁶³ Também para o autor os limites da delegação correspondem às intransferíveis funções de regulação e de controle da execução dos serviços públicos⁶⁴.

Daí por que a transferência de competências por meio de convênio de cooperação só pode compreender atividades executórias que não digam respeito ao âmago da regulação do

⁶² Ver nosso *Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal*. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, página 213 e seguintes.

⁶³ CAFFÉ ALVES, Alaor. *Saneamento Básico – Concessões, Permissões e Convênios Públicos*. 1998, página 31.

⁶⁴ *Idem*.

* N. do E.: O art. 16 do APL corresponde ao art. 17 do PL 5296/2005.

serviço. Demonstra-se aqui a relevância da distinção operada entre regulação e fiscalização, já no artigo 2º do Anteprojeto. A fiscalização compreende “atividades de acompanhamento, monitoramento, controle e avaliação”, que podem ser transferidas para outrem, desde que o titular permaneça na qualidade de fiscal eventual e último de tais atividades, como permite inferir o artigo 16*⁶⁵. O artigo 16, § 4º**⁶⁶, prevê com cautela que as informações produzidas por terceiros contratados poderão ser utilizadas pela regulação e fiscalização dos serviços, dando a entender que a cooperação técnica de que trata o parágrafo anterior consiste essencialmente na produção de conhecimento de excelência técnica que seja capaz de auxiliar nessas atividades.

Já a regulação corresponde, nos termos do Anteprojeto, a “todo e qualquer ato, normativo ou não, que discipline ou organize um determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impactos sócio-ambientais, os direitos e obrigações dos cidadãos, dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação, a política e sistema de cobrança, inclusive a fixação, reajuste e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos”⁶⁶. Preocupa-se o § 5º*** do mesmo artigo 16 em incluir na regulação “as atividades de interpretar e fixar critérios para a fiel execução dos instrumentos de delegação dos serviços, bem como para a correta administração de subsídios”. A atividade de regulação envolve poder decisório e margem de discricionariedade que não pode ser despojado por aquele a quem a Constituição Federal atribuiu a competência para desempenhá-la. Esse é o maior limite à outorga ou delegação de atividades relacionadas aos serviços públicos de saneamento.

No que diz respeito ao contrato de consórcio público, ainda que a transferência em favor deste não esteja sujeita ao mesmo limite material dos convênios de cooperação – pelo fato de os consórcios integrarem a estrutura do ente titular do serviço –, exige-se a forma contratual para tal transferência, o que pode ser considerado um limite.

Os §§ 1º e 2º**** do artigo 16 também estabelecem limites importantes para a delegação de tais funções. Prevêem:

“§ 1º. O prestador do serviço não poderá exercer as funções de regulação e de fiscalização.”

⁶⁵ Pode-se estabelecer aqui paralelo com os limites de delegação do poder de polícia em matéria de policiamento de rodovias concedidas. Ainda que o poder de polícia seja indelegável a particulares, não houve censura na transferência ao concessionário de atividades executórias intrínsecas ao exercício de tal poder, como, por exemplo, o monitoramento da velocidade nos automóveis que transitavam nestas rodovias.

⁶⁶ Em nosso entender, a noção de regulação é mais ampla e compreende, igualmente, a atividade de fiscalização e de sanção dos comportamentos contrários às normas (ver, por exemplo, nosso Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, página 213 e seguintes.). A distinção entre regulação e fiscalização operada na lei tem, contudo, a grande vantagem de precisar os limites da transferência de competências pelo titular do serviço.

* N. do E.: O art. 16 do APL corresponde ao art. 17 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 16, § 4º do APL corresponde ao art. 17, § 5º do PL 5296/2005.

*** N. do E.: O art. 16, § 5º do APL corresponde ao art. 17, § 6º do PL 5296/2005.

**** N. do E.: O art. 16, § 2º do APL corresponde ao art. 17, § 3º do PL 5296/2005.

“§ 2º*. Quando a prestação do serviço for objeto de delegação, devem ser asseguradas a autonomia administrativa e a adequada capacidade técnica ao órgão ou entidade mencionado no *caput* deste artigo.”

O § 1º consagra princípio importante da regulação dos serviços públicos, ao assegurar que o prestador do serviço e o ente regulador e fiscalizador sejam entidades ou órgãos distintos. Já consignei que, em meu entender, o dispositivo não exige que a separação se faça entre pessoas jurídicas distintas, mas sim entre órgãos e entidades diferenciados⁶⁷. Assim, ainda que os serviços não sejam objeto de delegação e permaneçam sendo prestados pela Administração Direta, deverá o Poder Executivo garantir que no próprio âmbito da Administração não sejam coincidentes prestador e regulador, como por exemplo por meio da criação de um colegiado que se encarregue da regulação.

Se este princípio geral é pressuposto para o sucesso de qualquer processo moderno de regulação⁶⁸, tanto mais o é no setor de saneamento, diante da histórica confusão entre prestadores de serviço e reguladores. É o que se verá no tópico *II.2.2.* abaixo.

No que se refere ao § 2º*, não se trata propriamente de limite à transferência do poder de planejar, regular e fiscalizar, mas sim de cautela adicional do legislador. Sua redação pode ensejar questões quanto ao seu conteúdo. Afinal, a autonomia administrativa e a adequada capacidade técnica do titular do serviço devem ser sempre asseguradas, independentemente dos serviços serem ou não delegados. No entanto, pretendeu o Anteprojeto ressaltar a importância de tais requisitos estarem presentes não apenas do ponto de vista formal como também do ponto de vista material, em caso de delegação. Uma vez que o Poder Público titular do serviço abandona a intervenção direta neste setor, em prol de uma intervenção indireta – mas permanece responsável pela disponibilização do serviço essencial de maneira contínua, universal e com qualidade –, nada mais lógico do que garantir que ele tenha plenas condições de exercer tal intervenção indireta. Daí a disposição de cautela do artigo 17, § 2º.

II.2.2. A possibilidade e as formas de transferência da prestação do serviço

II.2.2.a. As formas de outorga ou delegação da prestação dos serviços no Anteprojeto

Antes de enfrentar o tema deste tópico, cabe retomar a distinção efetuada anteriormente entre os acordos celebrados entre entes públicos e aqueles celebrados entre estes e os particulares, que tenham por objeto a prestação dos serviços públicos de saneamento. Diante

⁶⁷ Op. cit., página. 42.

⁶⁸ Sobre o tema e sobre a dissociação recente entre interesse público e interesse do Estado, ver nosso *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

* N. do E.: O art. 16, § 2º do APL corresponde ao art. 17, § 3º do PL 5296/2005.

de um panorama de imbricação de interesses e competências, a opção do legislador – que só pode ser festejada – dedicou-se, como se viu, a incitar a integração e o engajamento de todos os entes interessados na regulação e na prestação de tais serviços públicos. Como consequência, as formas de associação entre os entes do setor público são caracterizadas por dinâmica de cooperação e de ação conjunta que inexiste na delegação a particulares.

O Anteprojeto não contém disposições específicas sobre as alternativas de delegação dos serviços públicos a particulares. Como não poderia deixar de ser, aplicar-se-á à delegação o disposto no artigo 175 da Constituição e na Lei nº 8.987/95. Os serviços de saneamento básico podem ser delegados por meio de concessão ou permissão de serviços públicos, na forma da lei, processo que sempre deverá ser precedido de licitação. Com essas formas, conviverão os outros mecanismos tradicionais de contratação de particulares para a prestação dos serviços que não implicam em delegação, como a empreitada regida pela Lei nº 8.666/93.

O texto define, no entanto, o que entende por delegação onerosa de serviço público de saneamento básico (artigo 2º, inciso XXIII*). É aquela que inclui qualquer modalidade de pagamento ao titular pela outorga da concessão de serviço público de saneamento básico, direito de uso ou pela transferência de bens e instalações reversíveis, ou ainda a subscrição de participação societária e a integralização, pelo titular, de capital da empresa concessionária, lastreada na conferência de qualquer dos bens ou direitos acima referidos, salvo quando a participação societária estiver gravada por vínculo de inalienabilidade pelo prazo mínimo de 20 anos. A onerosidade da outorga, nos termos do Anteprojeto, terá consequências importantes no que concerne ao regime do Sistema de Financiamento do Saneamento Básico (SFSB) e na alocação de recursos do governo federal.

Contém, igualmente, disposição especial em caso de delegação de cooperativas de catadores. O Anteprojeto prevê hipótese de “delegação prioritária para essas entidades da realização da coleta, do processamento e da comercialização desses materiais; [recicláveis]” (artigo 8º**, II, “b”, 2).

No que respeita às formas de contratação da prestação dos serviços de saneamento básico entre entes públicos, estas são mais numerosas e mais detalhadas no regime do Anteprojeto.

Uma primeira alternativa de contratação corresponde ao *contrato de fornecimento de serviços de saneamento básico*. Esse contrato, assim como o contrato de consórcio público, é necessariamente celebrado entre entes federativos, o que denota o seu caráter de oficialidade e o conteúdo político envolvido. Por ser firmado entre dois entes federativos, não se trata simplesmente da operacionalização conjunta de tarefas relacionadas aos serviços de

* N. do E.: O art. 2º, inciso XXIII do APL corresponde ao art. 2º, inciso XXIV do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 8º, II, “b” do APL corresponde ao art. 9º, II, “b” do PL 5296/2005.

PROJETO DE LEI nº 5296/2005
Diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico
e Política Nacional de Saneamento Básico (PNS)

saneamento básico: o contrato de fornecimento de serviços parece consubstanciar-se, no regime do Anteprojeto, em uma verdadeira pauta de cooperação entre os entes em relação aos seus compromissos comuns de melhoria do saneamento⁶⁹.

Assim é que, nos termos do artigo 11*, inciso VII, há direitos e obrigações que podem ser objeto de sub-rogação a entidades integrantes da Administração indireta dos entes envolvidos. Tal possibilidade dá a entender que o contrato de fornecimento funcionará como uma pauta mais geral de relacionamento entre os dois entes políticos no que se refere ao saneamento, prevendo investimentos e compromissos de longo prazo, formas procedimentais de funcionamento da gestão associada dos serviços, entre outros, e que a parcela mais operacional (sujeita, portanto, à sub-rogação) constituirá tão-somente parte do acordo.

Outra alternativa de contratação da prestação dos serviços de saneamento básico entre entes da Federação corresponde ao *contrato de programa*, acordo celebrado não somente entre entes federativos, mas também entre ente da Federação e entidade da Administração indireta de outro ente da Federação, ou ainda entre consórcio público e entidade da Administração indireta de ente da Federação consorciado ou conveniado. Tal contrato expressa o vínculo que se estabelece entre o prestador de serviços e o titular, ambos integrantes da Administração Pública. Seu âmbito é, no entanto, menos ambicioso do que o contrato de fornecimento: traduz as obrigações e os direitos dos entes quanto à prestação dos serviços públicos e da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (artigo 2º, XXII). O contrato de programa deve estar inserido no âmbito de gestão associada e, portanto, será sempre derivado de convênio de cooperação ou consórcio público, nos termos do artigo 241 da Constituição Federal.

A questão essencial com relação à constitucionalidade destas formas contratuais tem como pressuposto a sua natureza jurídica. Há que se indagar, essencialmente, se elas constituem delegação ou concessão para fins do disposto no artigo 175 da Constituição. No que consiste, em essência, os contratos entre entes federativos, ou as pessoas jurídicas que os integram?

⁶⁹ “Artigo 11*. São cláusulas necessárias do contrato de fornecimento de serviços públicos as que estabeleçam:

- I - os serviços integrados objeto de fornecimento;
- II - as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso aos serviços integrados;
- III - o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, e as hipóteses e sua prorrogação;
- IV - procedimentos para articulação da implantação, ampliação, melhoria e gestão operacional dos serviços;
- V - regras para fixação, reajuste e revisão da remuneração do prestador dos serviços integrados, observado o disposto nos artigos 28 a 35 desta Lei;
- VI - condições e garantias de pagamento ao fornecedor dos serviços;
- VII - os direitos e os deveres sub-rogados, ou os que se autoriza a sub-rogação, a entes da administração indireta dos contratantes;
- VIII - as hipóteses de extinção, inadmitida a rescisão administrativa unilateral;
- IX - as penalidades a que estão sujeitas as partes em caso de inadimplemento.”

* N. do E.: O art. 11 do APL corresponde ao art. 12 do PL 5296/2005.

A questão não é nova. Se bem é verdade que a experiência de delegação dos serviços de saneamento básico para entes privados (concessão para particulares) é prática razoavelmente recente, desde a década de 70 já existiam experiências de delegação entre entes públicos. Incentivadas sobretudo pelo planejamento centralizado, por meio do Planasa (Plano Nacional de Saneamento), elas tinham o claro objetivo de coordenação, centralização, planejamento e racionalização dos esforços. À época, insistir em modelo local de prestação parecia contraproducente, acreditava-se que um modelo mais centralizado oferecia maiores condições de racionalização dos esforços. Daí o incentivo à realização de contratos de “*prestação de serviços*” entre as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CEBs) e os Municípios, que traduziam de determinada maneira a concessão da exploração dos serviços a estas companhias.

Apesar de constituírem delegação de serviço público do Município em favor destas Companhias, a natureza destes contratos não se consubstanciava propriamente em uma concessão, diante de sua precariedade e imprecisão. Com efeito, estes contratos de prestação de serviços não previam investimentos determinados, a reversibilidade dos bens, os direitos e obrigações do concessionário, dos usuários e do poder concedente. A dinâmica de execução contratual também estava longe de ser uma dinâmica de concessão: os Municípios nunca exerceram papel de ente regulador ou de poder concedente. Este era exercido pela União, notadamente pelo Ministério do Interior e pelo Banco Nacional de Habitação, que definiam as tarifas e autorizavam os investimentos, inclusive controlando os recursos do recém-criado Sistema Financeiro da Habitação (SFH), que tinha como seu componente o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), até hoje a principal fonte financeira de investimentos no saneamento básico. Deve-se a esta estrutura centralizada boa parte dos investimentos realizados no país em matéria de saneamento.

Não se tratava, evidentemente, de uma concessão comum. Como ressaltam Geraldo Ataliba e Rosoléa Folgosi, a relação entre Municípios e CEBs “não é ordinária, corrente, comum. Não é contrato entre poder Público e particular. Não põe em confronto o público e o privado. Não implica a tensão – própria das concessões correntes – entre o serviço público e o lucro empresarial da empresa capitalista. Por isso, as lições da doutrina sobre a concessão de serviço público não se adequam integralmente a essa relação.”⁷⁰

Diante da especificidade de tal contrato, ele já foi chamado pela doutrina de uma “*concessão-convênio*”. É, segundo Marçal Justen Filho, a terminologia apta a dar conta do conteúdo de tal contratação, que contém um veio de delegação dos serviços, mas também um veio de cooperação que explica a precariedade e a sumariedade dos acordos celebrados:

“Por fim pode-se reconhecer a concessão-convênio. Identifica-se como instrumento de conjugação de diversas entidades públicas, que têm interesses concorrentes ou complementares no desempenho de atribuições administrativas e políticas. Para buscar

a realização desse interesse comum, atribui-se o desempenho do serviço a um ente específico, integrante da Administração Pública. Racionaliza-se o desempenho do serviço público e se atenuam inconvenientes derivados da pluralidade de ordens políticas e a fragmentação administrativa.”⁷¹

Seriam, então, os novos contratos de programa e de fornecimento de serviços públicos concessões, sob a perspectiva do artigo 175 da Constituição Federal e da Lei nº 8.987/95?

Trata-se de questão de difícil resposta. A concessão nos moldes tradicionais, tal qual nós a conhecemos, envolve posição de singular desigualdade entre os contratantes. É contrato típico de direito administrativo, nos quais as prerrogativas da Administração em relação ao contratado lhe permitem o exercício de poderes exorbitantes aos privados, que decorrem da primazia do interesse público sobre o interesse particular e a existência de uma relação de sujeição/soberania entre as partes. Do ponto de vista constitucional, a concessão é instrumento jurídico para a delegação da prestação de serviço público⁷², que se consubstancia em contrato administrativo⁷³. Trata-se de contrato tripartite que engloba também os direitos e deveres dos cidadãos-usuários⁷⁴, cuja remuneração deve ser compatível com uma política tarifária prevista em lei⁷⁵. A atividade deve ser explorada dentro de parâmetros de suficiência e de adequação⁷⁶ e a extinção do contrato deve atender a um regime especial⁷⁷.

Por sua vez, como é cediço, a Lei de Concessões e Permissões e Serviços Públicos (Lei nº 8987/95), em seu artigo 2º, II, define-a como forma de delegação do serviço público, por meio da qual a titularidade permanece sendo do Poder Público, mas cuja execução direta passa a ser efetuada por particular, “por sua conta e risco”. Também o regime desta lei insere a concessão em quadro de desigualdade essencial entre os contratantes e na existência de relação tripartite entre o usuário, o poder concedente e o concessionário.

Assim definida, de maneira bastante ligeira, a concessão de serviços públicos, cabe definir se os contratos adrede referidos se encaixam em tal definição.

Por um lado, parece inegável que se trata de delegação, mesmo que parcial, dos serviços públicos de saneamento. Uma vez que não é prestação direta, o artigo 175 só nos daria como opção a concessão ou a permissão dos serviços públicos como forma de prestá-los, sendo ainda que estas deveriam obedecer ao regime fixado por este artigo. Uma vez que o

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, página 125.

⁷² Artigo 175, caput.

⁷³ Artigo 175, parágrafo único, I.

⁷⁴ Artigo 175, parágrafo único, II.

⁷⁵ Artigo 175, parágrafo único, III.

⁷⁶ Artigo 175, parágrafo único, IV.

⁷⁷ Artigo 175, parágrafo único, I, *in fine*.

artigo 175 não admite expressamente nenhuma outra forma de delegação de serviços públicos, seríamos obrigados a caracterizar tais contratos com uma ou outra forma jurídica.

Mas se denominarmos de concessão ou permissão tais contratos, corre-se seriamente o risco de descaracterizar tais institutos. Isso porque vigora entre as partes a mais absoluta igualdade, pelo fato de ambas serem entes políticos (no caso do contrato de fornecimento) ou de integrarem a Administração (no caso do contrato de programa)⁷⁸.

Além disso, caso se partisse do pressuposto de que tais contratos consubstanciam concessão ou permissão de serviços públicos, seríamos obrigados a convir também que tal delegação deve ser sempre precedida de licitação (conforme o disposto no artigo 175). Como se verá adiante, tal hipótese não tem razão de ser, especialmente tendo-se em vista que tal contrato é instrumento entre entes políticos ou entidades de sua administração indireta, neste caso na específica hipótese de gestão associada de serviços públicos (artigo 23, parágrafo único, I).*

No fundo, a escolha encontra-se entre perverter o instituto da concessão para fazer entrar na classificação relação jurídica *sui generis* ou então reconhecer sua especificidade, sob o risco de desobediência ao texto constitucional.

No que tange ao contrato de programa, a semelhança com a concessão é mais pungente. Trata-se de mecanismo contratual que prevê expressamente direitos e obrigações. Ao contrário do contrato de fornecimento, o contrato de programa é expressamente previsto como o acordo que rege as relações entre o titular do serviço e o seu prestador. Daí o porquê de o artigo 23, que obriga à realização de licitação para a celebração de contrato que tenha por objeto a prestação de serviço público de saneamento, excetuar expressamente em parágrafo único o contrato de programa para, no âmbito de gestão associada de serviços públicos, a prestação dos serviços celebrados entre entes federativos consorciados ou conveniados, ou com entes de sua administração indireta. Apesar de seu caráter eminentemente contratual, o

⁷⁸ Vale notar que tal configuração se mostra um pouco distinta no caso de delegação de um serviço de titularidade de um ente em favor de uma empresa estatal pertencente a outro ente da Federação. Neste caso, não se trata de transferência da execução de um serviço público entre entes federados (pessoas jurídicas de direito público interno), e sim delegação da prestação (no mais das vezes exploração) do serviço de titularidade de um ente para pessoa jurídica de direito privado controlada por outro. Esta hipótese, tenho para comigo, se enquadra perfeitamente na regra do artigo 175 da CF. É o caso, por exemplo, das empresas (sociedades de economia mista) estaduais que atuam no setor de energia elétrica como concessionárias da União. E é igualmente o caso das concessionárias (empresas públicas ou sociedades de economia mista) que recebem concessão dos municípios para explorar serviços de saneamento. A meu ver, descaberia fugir da relação de concessão em sentido estrito e admitir outorga direta (sem licitação, portanto) para cometer a exploração do saneamento básico a empresas de cujo capital participam pessoas privadas (quando se tratar de sociedades de economia mista), muita vez com ações lançadas em bolsa e comercializadas no mercado de valores internacional. Pretender ver aí uma relação política, imune ao regime de concessão previsto no artigo 175 da CF e na Lei nº 8.987/95 seria alargar demasiadamente o caráter instrumental destas empresas, deferindo-lhes tratamento desigual em face das demais empresas privadas, em desconformidade com o preceito constitucional.

* N. do E.: O dispositivo mencionado foi excluído do texto do PL 5296/2005 porque foi contemplado na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 – Lei dos Consórcios Públicos.

contrato de programa está intrinsecamente vinculado à gestão associada formalizada por meio de consórcio público ou convênio de cooperação. Nessa qualidade, ele consubstancia relação de prestação de serviços de saneamento decorrente do plano de trabalho (“*programa*”) definido no âmbito da cooperação federativa previsto na atual redação do artigo 241 da Constituição.

O contrato de fornecimento, por sua vez, tem natureza cooperativa ainda mais evidente. Ele traduz relação específica, que não se inclui entre as modalidades tradicionais de delegação dos serviços públicos, mas tampouco consiste em execução direta dos serviços. Não parece existir qualquer razão para colocar óbice a tal delegação. O contrato de fornecimento é consentâneo com as finalidades e os interesses públicos agasalhados pelos seus contratantes; poderá consubstanciar-se em instrumento poderoso de consecução das políticas públicas no setor. Assim, não há qualquer sentido em descartá-lo por suposta incompatibilidade com o artigo 175 da Constituição, pelo simples fato de este não se encaixar, *prima facie*, nas classificações tradicionais de concessão e permissão. Observe-se que a delegação entre federativos, no sentido descendente, foi largamente praticada pelo governo federal, na década de 90, no setor de rodovias, substituindo-se a União pelos governos dos Estados na relação com os concessionários e na celebração dos contratos de concessão⁷⁹.

Considero, portanto, que a melhor definição para o contrato de fornecimento firmado entre entes da Federação não se encontra entre as formas tradicionais de execução indireta dos serviços públicos – a concessão ou a permissão –, mas no âmbito da cooperação federativa. Isso porque representa a contratualização de engajamento entre duas esferas políticas autônomas, que tem desenho obrigacional bastante diferente da delegação tradicional. Não tem cláusulas exorbitantes e não é regido por qualquer princípio de supremacia ou sujeição entre os contraentes. Não envolve senão indiretamente os usuários, pois vai muito além da simples fixação de direitos e deveres entre as partes. Constitui verdadeira carta de associação entre os entes federativos que a celebram, para além da simples delegação dos serviços de saneamento.

Deve-se reconhecer que, neste caso, nossa doutrina sobre serviços públicos, herdada dos franceses, não dá conta de expressar todos os fenômenos decorrentes de uma estrutura federalista desconhecida na estrutura gaulesa. O contrato de fornecimento não se enquadra entre as hipóteses de delegação do artigo 175 da Constituição, ainda que historicamente tenha-se tentado enquadrar várias hipóteses de cooperação federativa nas formas da concessão tradicional, com evidente dificuldade, pois se trata de relações com regimes jurídicos diferentes. Impõe-se reconhecer a existência de formas de delegação que, por envolver a cooperação federativa, situam-se fora do âmbito do artigo 175. Elas se fundam, em seu conteúdo, no artigo 23, IX da Constituição, pois traduzem engajamento dos entes federativos na promoção da melhoria do saneamento básico, exprimindo forma específica do federalismo de cooperação adotado pela República brasileira (v.g. artigos 1º e 18 da Constituição).

⁷⁹ Neste sentido, lembre-se a Lei Federal nº 9.277/96 que autorizou a União a delegar a administração e a exploração de rodovias a Estados e Municípios.

II.2.2.b. Os limites para a outorga ou delegação

O Anteprojeto estabelece vários limites para a outorga ou delegação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Ele exige que a delegação seja consolidada por instrumento contratual, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária (artigo 22*)⁸⁰. Exige a garantia de publicidade para a realização da delegação, notadamente mediante consulta pública e audiência pública (artigo 24, IV). O prévio planejamento (artigo 24, I) e a comprovação de viabilidade técnica e econômica (artigo 24, II) são igualmente requisitos que limitam a liberdade do poder concedente quando da delegação. Finalmente, o Anteprojeto exige lei que preveja o cumprimento das diretrizes da lei nacional (artigo 24, III) e autorize a delegação dos serviços (artigo 25, *caput* c.c., inciso I**). Pretende revogar, assim, a dispensa de prévia lei autorizativa que existia para a delegação dos serviços de limpeza urbana (artigo 2º da Lei nº 9.074/95⁸¹, cuja alteração é prevista pelo artigo 72*** do Anteprojeto).

Nenhum destes limites parece encetar óbices de natureza constitucional. Ao contrário, eles simplesmente reproduzem exigências e princípios constitucionais, como os de publicidade, moralidade e eficiência administrativa.

Um derradeiro limite, este de natureza constitucional, diz respeito à obrigação de realizar licitação, conforme o ditame do artigo 175 da Constituição. Poder-se-ia indagar se a dispensa de licitação, nos casos em que há mecanismos de cooperação entre entes da Administração Pública (contrato de fornecimento ou contrato de programa), violaria o preceito constitucional acima referido. Parece-me que não. A doutrina e a jurisprudência já reconheceram que determinadas hipóteses de contratação com o próprio Poder Público autorizam a dispensa de licitação, diante da necessidade de satisfação de uma finalidade maior. Nesse sentido, o espírito de cooperação federativa não exige a realização de licitação, o que, pela Constituição Federal, deverá ocorrer *sempre que se tratar de mera delegação por concessão*⁸².

Dáí porque não me parece eivada de inconstitucionalidade a dispensa de licitação, prevista no Anteprojeto *sub examinem*, no caso de “contrato de programa com ente da Federação, ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação” (artigo 69), que insere uma nova hipótese de dispensa de licitação no rol do artigo

⁸⁰ A única exceção prevista na lei refere-se à autorização para a prestação dos serviços em determinado condomínio ou localidade de pequeno porte, predominantemente ocupada por população de baixa renda, em que sejam beneficiários os usuários organizados em cooperativa ou associação (artigo 22*, §2º, I e II).

⁸¹ Lei de Reestruturação do Setor Elétrico.

⁸² Ver nesse sentido SUNDFELD, Carlos Ary. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, página 35 e seguintes.

* N. do E.: O art. 22 do APL corresponde ao art. 23 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 25, *caput*, I do APL corresponde ao art. 24, § 4º, c.c. inciso I, do PL 5296/2005.

*** N. do E.: O art. 72 do APL corresponde ao art. 69 do PL 5296/2005.

24 da Lei de Licitações. Apesar de constituir hipótese de transferência da execução de serviços públicos, o princípio de cooperação federativa (traduzido, no caso do saneamento, pelo ditame do artigo 23, inciso IX, da CF) afasta a incidência do instituto da licitação. Nesse caso, a oportunidade de se firmar o vínculo cooperativo faz recair um fator de discriminação que torna incogitável se licitar. Isso, porém, desde que dentro dos cânones preceituados pelo artigo 241 da Constituição.

Caso diferente, e que a meu ver padece de inconstitucionalidade*, diz respeito à outra hipótese de dispensa de licitação prevista no mesmo artigo 69: o caso de “contrato de concessão de serviços públicos de saneamento básico, ou instrumento congênere, com pessoa jurídica que integre a Administração Pública de outro ente da Federação, desde que tenha sido criada para esse fim específico, preservados os poderes de planejamento, regulação e fiscalização do ente federado titular dos serviços.” Imaginando que essa hipótese – já que o texto não faz ressalva – se refere à delegação realizada fora dos quadrantes dos contratos de programa e de gestão associada (CF, artigo 241), estar-se-ia admitindo prescindir de licitação para concessão de serviços público de saneamento para empresa estatal de outro ente da Federação. Isso, a meu ver, fere frontalmente o artigo 175 da Constituição (“sempre através de licitação” é o texto), que cria regime de imunidade à regra do artigo 37, XXI (“ressalvados os casos especificados na lei”). Se o ente da Administração indireta do outro ente federado for uma empresa estatal, constituída sob regime privado, que tenha por escopo explorar os serviços públicos como empresa qualquer, descaberá falar de dispensa ou inexigibilidade de licitação, dada a expressa vedação constitucional.

Não me parece, pois, constitucional que se fale em delegação por concessão (típica, atípica, concessão-convênio ou o nome que se queira dar) de serviço público a pessoa jurídica de direito privado (ainda que controlada pelo Estado) sem que seja ela precedida de certame licitatório. Após a EC nº 19 qualquer mecanismo de cooperação federativa deverá se dar nos termos predados pelo artigo 241 da CF: mediante gestão associada, autorizada por convênio ou por consórcio público. Concessão a estatal de outro ente da Federação será possível, mas nos termos estritos do artigo 175, i.e.: sempre mediante prévia licitação.

Inobstante, e pelo tanto já acima asseverado, na medida em que se trata de mecanismos de positivação da cooperação federativa (já que a própria Constituição prevê deva se dar por meio de “gestão associada de serviços públicos” (artigo 241), as hipóteses de dispensa de licitação no caso do contrato de fornecimento e do contrato de programa parecem plenamente justificadas diante de seu caráter de cooperação federativa.

II.3. O papel da União no Anteprojeto: a instituição de diretrizes (artigo 21, XX) e da Política Nacional de Saneamento Básico

Analisadas as questões relativas à competência para a prestação dos serviços e às hipóteses de delegação, cumpre-nos efetuar um derradeiro exercício de análise da compatibilidade

* N. do E.: O dispositivo não foi incorporado no texto do PL nº 5296/2005 em homenagem às opiniões do ilustre professor, que o considerou inconstitucional.

entre o Anteprojeto e as disposições constitucionais relativas à distribuição de competências entre os entes federados. A atividade do titular dos serviços de saneamento básico, assim como dos demais entes federativos que pretendam empreender atividades no setor, é norteadada pelo quadro geral apresentado pelas diretrizes fixadas pela União e pela Política Nacional de Saneamento, em obediência à prescrição do artigo 21, XX, da Constituição. Vem daí a questão do respeito à autonomia e isonomia entre os entes federativos quando da fixação de diretrizes pela União que, queiramos ou não, condicionam a atuação dos demais entes.

Cumpra-se conceituar tal competência (II.3.1.) para então delimitar a forma como se encontra expressa no Anteprojeto, verificar seus limites constitucionais e a aderência das disposições do Anteprojeto a eles (II.3.2.).

II.3.1. A competência da União para instituir diretrizes para o saneamento básico

Cumpra-se primeiramente observar que a competência da União para instituir diretrizes para o saneamento básico não se encontra arrolada no artigo 22 da Constituição, que trata das competências legislativas daquele ente da Federação. Diferentemente do tratamento reservado para outras matérias, o constituinte não optou, por exemplo, por outorgar à União competência privativa para legislar sobre normas gerais relativas ao saneamento.

A competência para instituir as diretrizes do saneamento encontra-se arrolada entre aquelas competências de natureza material da União, constantes do artigo 21. Tal rol reúne competências que não são propriamente legislativas: ele contempla a capacidade de a União atuar em determinadas áreas, ainda que de maneira indireta. Contudo, a ação de “*instituir diretrizes*” não tem relação senão mediata com a prestação material dos serviços públicos de saneamento básico. Forçoso é concluir que, se o estabelecimento de diretrizes não guarda relação direta com os atos materiais que caracterizam o provimento do serviço, essas diretrizes devem voltar-se à ação, à implementação do serviço. Não se trata de regular o serviço de maneira abstrata ou meramente principiológica: o papel da União ao estabelecer tais diretrizes é papel estruturante, orientado para a integração das ações de saneamento, para a sua operacionalização.

É evidente que o mandamento constitucional faz referência à competência normativa (a de instituir diretrizes), mas a ela confere conotação de intervenção na execução do serviço por meio de sua regulação (intervenção indireta). Atribui à União o poder-dever de estruturar o setor e determinar como serão os traços essenciais de sua execução. As diretrizes para o setor e a Política Nacional do Saneamento não são senão expoentes deste poder-dever. Pode-se depreender da vontade do legislador constituinte de dispor tal competência no artigo 21, e não no 22, uma determinada intenção de voltar a atuação da União à ação, ao fomento, à estruturação prática do setor.

O saneamento básico cumpre função pública das mais importantes, na qualidade de serviço público essencial⁸³. Sob essa perspectiva, não seria admissível que o Estado brasileiro não possuísse política nacional para a execução e para a melhoria dos serviços. A regulação nos âmbitos local e regional por si só não seria suficiente para garantir a prestação adequada do serviço, que demanda planejamento integrado e centralizado⁸⁴. Daí por que competir à União, no que toca ao saneamento, participar das funções de planejamento e de execução⁸⁵. Tal poder-dever decorre, mais uma vez, da comunhão de finalidades que caracteriza o federalismo de cooperação. A responsabilidade pelo saneamento básico é de todos os entes federativos, no entanto as competências se exercem de maneira distinta. A competência da União se traduz não somente em um dever geral, extensível a todos os entes federados, de promover a melhoria do saneamento básico (artigo 23, IX), como também e principalmente na fixação de diretrizes para o saneamento (artigo 22, XX).

O que são, então, diretrizes? Correspondem elas às “*normas gerais*” de que trata o artigo 24, § 1º da Constituição, que trata do exercício de competência legislativa concorrente pela União? Parece-nos que não, apesar de as “*diretrizes*” de que trata o artigo 22, XX, guardarem algumas semelhanças com tais normas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸⁶ recenseou as opiniões existentes na doutrina sobre a definição de normas gerais. Afirma ele serem aquelas que (i) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais; (ii) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem esgotar o assunto legislado; (iii) são regras nacionais, uniformemente aplicáveis no território; (iv) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas, sem individualizá-las; (v) só cabem quando preenchem lacunas constitucionais e disponham sobre áreas de conflito; (vi) devem referir-se a questões fundamentais; (vii) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados; e (viii) não são normas de aplicação direta. A comparação entre diretrizes e normas gerais permite melhor distinguir os contornos das “*diretrizes*” conforme dispostas na Constituição.

Como as normas gerais, também as diretrizes são gerais *pelo conteúdo e pelos destinatários*⁸⁷. Diferentemente delas, as diretrizes não necessariamente pressupõem uma particularização posterior: elas podem esgotar-se em si, ainda que em geral tendam à generalidade. Não têm função de homogeneizar tão pronunciada quanto as normas gerais, pois

⁸³ Ver *infra*, tópico III.1.

⁸⁴ No mesmo sentido, ver MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder Concedente para o Abastecimento e Água. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, 1999, página 61 e seguintes.

⁸⁵ Nesse mesmo sentido, o artigo 200, inciso IV, da Constituição prevê que compete ao sistema único de saúde, além de outras atribuições, “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico”.

⁸⁶ Cf. *Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, página 155 e seguintes.

⁸⁷ Ver FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente: Uma Exegese do Artigo 24 da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 7, 1994, página 19.

a competência da União não concorre com outras competências (como no caso do artigo 24), apesar de obedecer aos limites precisos relativos à autonomia dos entes titulares de serviço. Diferentemente das normas gerais, as diretrizes tendem a ser normas de aplicação direta⁸⁸. Possuem conteúdo programático, direcionado para a ação.

De maneira bastante sintética, o documento que encaminha a versão do Anteprojeto — submetida à Consulta Pública entre julho e setembro de 2004 — define as diretrizes como aquelas normas que estabelecem os “*traços fundamentais*” dos serviços de saneamento básico, mas que permitem delimitar o que é o serviço e como, em sua essência, deve ser prestado aos usuários.

A Política Nacional de Saneamento Básico (PNS) diferencia-se das diretrizes acima referidas pois possui grau de concretude e especificidade bem maior: trata de normas concretas da União, somente aplicáveis aos demais entes federados mediante adesão. Ao contrário das diretrizes, as normas da PNS raramente deixam grande margem de discricionariedade para os entes federados, que devem aceitá-las ou rejeitá-las. Já as diretrizes são mais abstratas e permitem a cada um dos entes federados cumpri-las com ampla liberdade, mas são de obediência compulsória.

II.3.2. Limites para o desempenho do papel da União: a análise concreta das prescrições do Anteprojeto

O Anteprojeto fixa inicialmente diretrizes gerais, que correspondem às exigências de universalização, integralidade, equidade, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, cortesia, modicidade dos preços públicos, sustentabilidade, intersectorialidade, cooperação entre entes federativos, participação da sociedade, promoção da educação sanitária e ambiental, promoção e proteção da saúde, preservação e conservação do meio ambiente, promoção do direito à cidade, conformidade do planejamento e da implementação dos serviços com as exigências fundamentais do plano diretor, respeito às identidades culturais das comunidades, promoção e defesa da saúde e da segurança do trabalhador, respeito e promoção dos direitos básicos dos consumidores e fomento da pesquisa científica e tecnológica.

No que diz respeito às diretrizes para os serviços que integram o saneamento básico (abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos e manejo das

⁸⁸ Temos que observar, no entanto, que não nos parece que a generalidade das normas impeça, em regra geral, a aplicação direta das normas gerais. Como lembra Lucia Valle Figueiredo, elas se aplicam concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência federal e, ainda, no âmbito da competência administrativa regional sempre que a autoridade regional (Estado ou Município) não tiver exercido sua competência concorrente particularizante. Aplicam-se, ainda, nos casos em que a autoridade regional haja exercido sua competência concorrente particularizante em contrariedade ao valor nelas declarado (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação Constitucional das Competências Ambientais. Aspectos Pontuais do Regime Jurídico das Licenças Ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, nº 35, ano 9, julho/setembro de 2004, páginas 39 a 55).

águas pluviais), as diretrizes relacionam os valores essenciais que devem orientar a regulação e a execução de cada uma destas atividades. No que diz respeito ao abastecimento da água, as diretrizes disciplinam, entre outros conteúdos, as hipóteses de restrição do direito de acesso aos serviços, objeto de estudo pormenorizado no tópico abaixo (ver *infra* *tópico III.3*).

Seguem então as diretrizes relativas à complementaridade dos serviços (já amplamente estudadas nos tópicos anteriores), ao planejamento, à regulação e fiscalização dos serviços, aos serviços contratados, à avaliação periódica da qualidade dos serviços e, finalmente, aos aspectos financeiros e econômicos.

No que tange à Política Nacional de Saneamento Básico (PNS), um título específico é dedicado a ela, do qual constam disposições relativas à PNS, ao Sisnasa e ao seu funcionamento.

Concentrar-me-ei especificamente em duas disposições que têm interseção com a consulta formulada e que parecem resumir o espírito do Anteprojeto. São elas a diretriz que obriga ao planejamento, regulação e fiscalização (*II.3.2.a*), e a subordinação do repasse de recursos federais à adesão à PNS (*II.3.2.b*).

II.3.2.a. A obrigação de planejar, regular e fiscalizar

A principal diretriz do Anteprojeto, aquela que melhor resume o seu espírito, corresponde à exigência de planejamento, regulação e fiscalização. Prevê o artigo 13* que “é direito do cidadão receber serviços públicos de saneamento básico que tenham sido planejados”. A esse direito corresponde o dever, constante do artigo 14**, de o titular dos serviços “elaborar e implementar plano de saneamento ambiental, bem como participar da elaboração dos planos regionais de seu interesse”. Da mesma forma, várias outras disposições do Anteprojeto obrigam ao planejamento, regulação e fiscalização ou atribuem efeito jurídico à omissão do ente federativo no cumprimento dessa tarefa. Exemplos são os artigos 16 e 17***, que prevêem o dever de regular os serviços de interesse local ou integrados, ou ainda o artigo 20**** prescritor do direito dos usuários a um serviço permanentemente fiscalizado.

Mais inovador é o conteúdo do artigo 19, parágrafo único*****, e do artigo 25, parágrafo único*****. Eles admitem que regulamento federal venha a estabelecer normas de referência e modelos-padrão de regulação que, além de serem cogentes para as entidades integrantes da esfera federal, poderão ser voluntariamente adotados pelos demais entes federados. Além

* N. do E.: O art. 13 do APL corresponde ao art. 14 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 14 do APL corresponde ao art. 15 do PL 5296/2005.

*** N. do E.: Os arts. 16 e 17 do APL correspondem aos arts. 17 e 18 do PL 5296/2005.

**** N. do E.: O art. 20 do APL corresponde ao art. 21 do PL 5296/2005.

***** N. do E.: O art. 19, parágrafo único do APL corresponde ao art. 20, parágrafo único do PL 5296/2005.

***** N. do E.: O art. 25, parágrafo único do APL corresponde ao art. 24, § 5º do PL 5296/2005.

disso, prevêm os dispositivos que, naquilo que não confrontarem com a regulação dos titulares, as normas, os regulamentos e os modelos federais serão aplicáveis aos demais entes da Federação⁸⁹. E, finalmente, prevêm que, no caso de omissão ou deficiência da regulação local ou regional, serão igualmente aplicados os instrumentos federais até que suprida tal lacuna. Essa estrutura é ainda adotada para instrumentos contratuais, tal qual o contrato de fornecimento, e para modelos tarifários.

É, então, de se perguntar se tal diretriz seria abusiva e violaria o princípio de autonomia e de igualdade entre os entes da Federação.

A obrigação de regular os serviços relaciona-se com o disposto no artigo 175 da Constituição Federal, quando ele trata da prestação dos serviços. Este dispositivo me parece claramente exigir regulação também quando há prestação direta ou quando prestado sob os auspícios de outro ente da Federação e não apenas quando houver delegação para a iniciativa privada. Afinal o texto constitucional determina que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão (...) a prestação de serviços públicos”.

Assim, quando a União estabelece expressamente a diretriz de que o serviço deverá ser objeto de regulação, nada mais faz senão explicitar exigência constitucional. Não inova no panorama jurídico ou obriga os demais entes a determinado comportamento, mas tão-somente explicita obrigação que decorre do texto (artigo 175) e da sistemática constitucional (a titularidade dos serviços e o princípio federativo obrigam a que os entes não se furtem a regular o que é de sua alçada).

Para facilitar o cumprimento de tais exigências, a União deverá, por meio de regulamentação federal, propor modelos de referência. Não são estes automaticamente vinculantes – a não ser para os órgãos e entidades da esfera federal –, mas podem ser voluntariamente aceitos e adotados pelas entidades e órgãos reguladores de quaisquer instâncias. Grande vantagem na adoção desses modelos é que, por haverem de ser obrigatoriamente aceitos pela Administração federal, conferem uma maior segurança jurídica. Por exemplo, caso algum titular adote o modelo do regulamento federal, não poderá uma entidade federal de crédito – por ex., a Caixa Econômica Federal ou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – entender com vício jurídico ou inconsistente a regulação adotada.

Resta, porém, a dúvida: o que ocorre se o ente não cumprir a diretriz de regulação? Não seria admissível que o serviço pudesse deixar de ser regulado, ou o fosse de maneira deficiente,

⁸⁹ Artigo 19, parágrafo único*: “O regulamento desta Lei disporá sobre instrumentos de regulação de referência, diferenciados em razão da natureza, da escala e da complexidade dos serviços, que serão observados no que não contrariarem instrumento de regulação instituído pelo titular dos serviços.” Artigo 25, parágrafo único:** “O regulamento desta Lei poderá instituir modelos de normas para o cumprimento do previsto no *caput* deste artigo, que poderão ser diferenciados em razão das características e da natureza dos serviços, e que serão aplicados no que não forem contrariadas pela norma local.” (* N. do E.: O art. 19, parágrafo único do APL corresponde ao art. 20, parágrafo único do PL e ** o art. 25, parágrafo único do APL corresponde ao art. 24, § 5º do PL 5296/2005).

em caso de omissão total ou parcial do ente federativo encarregado de fazê-lo. O Anteprojeto aporta a resposta, dando efeitos jurídicos a tal comportamento omissivo. O regulamento se aplica em tudo o que não contrariar a regulação do titular. Se essa inexistir, desaparecerá a incompatibilidade. Se existir parcamente, terá suas lacunas completadas pela regulamentação federal.

Não me parece que tal previsão viole princípio federativo, apesar de inovadora no sistema federal brasileiro. Isso porque a União (a partir de uma prescrição constitucional – artigo 21, XX) tão-somente confere efeito jurídico ao silêncio dos demais entes federados: considera-o uma aceitação tácita dos modelos por ela propostos. A autonomia (o autogoverno do ente federativo) é preservada uma vez que é plenamente franqueado ao regulador estadual, distrital ou local exercer com plenitude sua capacidade de regulação. Porém, não se há de invocar a autonomia para assegurar a omissão, a renúncia ao exercício de suas competências. Não há qualquer limite de conteúdo ou de forma para o exercício de tal competência. O único limite – que sequer é limite, mas simplesmente consequência – corresponde a um limite de natureza temporal: enquanto o ente federativo não exercer sua competência de regulação, ser-lhe-á aplicável a legislação federal, e isso até que o ente federativo deixe de se omitir.

Tal limite – simples consequência jurídica a determinado comportamento absolutamente voluntário dos entes federativos – me parece absolutamente proporcional com o interesse que visa a proteger, uma vez que qualquer ato do ente político regional ou local fará cessar tal efeito. Não se poderia admitir, em sentido contrário, que um ente federativo, por sua omissão total ou parcial, pudesse tornar frágil o direito à salubridade ambiental (que tem interface com o direito tanto à saúde quanto ao meio ambiente, previstos constitucionalmente).

Resta saber se não há inconstitucionalidade na fixação de tais regras por meio de regulamento – é dizer, em sede infralegal. A constitucionalidade de tal procedimento depende da obediência aos limites gerais da delegação legislativa e, de forma mais geral, ao atendimento ao princípio da legalidade.

A atual crise do princípio da legalidade já foi objeto de minhas ponderações em oportunidades anteriores⁹⁰. Nelas consignei que a essência dessa crise é a matriz da legalidade, ou seja: o tipo de prescrição que deverá estar contida no comando legal. Parece patente que não é mais possível pretender que o princípio da legalidade corresponda à exigência de que a norma legal deva trazer, precisamente, o conteúdo, a forma, a oportunidade e a ocasião do exercício da atividade regulatória. Em crise está não o princípio da legalidade, mas o conteúdo totalizador da prescrição legal.

⁹⁰ Ver nossos Independência e Autonomia da Agência Nacional de Telecomunicações: Imperativo Legal e Constitucional, *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1999, volume 26, páginas 287 a 294; A Nova Regulação dos Serviços Públicos, *Revista de Direito Administrativo*. Editora Renovar, número 228, abril a junho de 2002, páginas 13 a 29.

Dá por que se assiste ao advento de uma nova matriz normativa, marcada pelo surgimento do que Eros Grau denomina “*normas-objetivo*.”⁹¹ O princípio da legalidade adquiriu novas feições: a lei define as metas principais e os contornos da atividade das instâncias de regulação – notadamente dos órgãos reguladores – cometendo-lhes (nestes limites e sob controle do Judiciário e do próprio Legislativo⁹²) ampla margem de atuação. Se esse mecanismo se verifica com relação à regulação por agentes reguladores autônomos, também se reproduz na delegação ao Poder Executivo: diante da complexidade e da velocidade das alterações do mundo fático, tem sido prática comum o estabelecimento de vetores axiológicos ou programáticos pelo legislador, que efetuam as grandes escolhas na elaboração da legislação, mas delegam a instâncias mais ágeis de regulação sua consecução na prática.

Como mostrei anteriormente, as diretrizes gerais estão contidas no Anteprojeto que pretende tornar-se lei. Ele estabelece os valores e vetores que deverão ser adotados pela regulamentação, de maneira que essa não inovará muito em seus conceitos, obrigações e espírito. As grandes escolhas axiológicas já foram efetuadas pelo Anteprojeto, que imprime sentido e orientação bastante definida para o setor. Nesse sentido, parece-me irretorquível a delegação legislativa para a regulamentação, já que essa atividade delegada estará suficientemente enquadrada para seu exercício regular.

II.3.2.b. A subordinação do repasse de recursos federais à adesão à Política Nacional de Saneamento Básico (PNS)

A Política Nacional de Saneamento Básico (PNS) expressa as finalidades estruturantes eleitas para o setor do saneamento. Tais finalidades encontram-se expressas no artigo 38* do Anteprojeto, dentre as quais pode-se destacar o objetivo de contribuir para o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades regionais, a geração de emprego e de renda e a inclusão social (inciso I); assegurar que a aplicação dos recursos financeiros administrados pelo Poder Público se dê segundo critérios de promoção da salubridade ambiental, de maximização da relação benefício-custo, de maior retorno social (inciso V); e incentivar a adoção de mecanismos de planejamento, regulação e fiscalização da prestação dos serviços (inciso VI).

O artigo 39** do Anteprojeto regula a adesão à PNS, que permite aos entes que não integrem a Administração Pública Federal a adesão voluntária à PNS e, por via de consequência, o ingresso no Sistema Nacional de Saneamento (Sisnasa).

⁹¹ Interpretando o Código de Defesa do Consumidor. Algumas Notas, *Direito do Consumidor*, Volume 5, janeiro/março de 1993, páginas 183 e seguintes.

⁹² Como, aliás, prevê o artigo 49, V, da Constituição Federal.

* N. do E.: O art. 38 do APL corresponde ao art. 37 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 39 do APL corresponde ao art. 38 do PL 5296/2005.

A adesão à PNS e ao Sisnasa, por sua vez, traz algumas obrigações para os seus integrantes, notadamente aquelas constantes do artigo 43*, que dizem respeito, essencialmente, à obrigação de assegurar a adequada regulação, planejamento e fiscalização dos serviços, criar ou assegurar a existência dos órgãos colegiados, fornecer dados e informações para o Sistema e instituir o fundo especial.

A essas obrigações correspondem também vantagens, notadamente de natureza econômica. Assim é que, conforme o § 2º, inciso I, do artigo 39**, a adesão à PNS é condição para que o ente federado ou o prestador do serviço possa “receber transferências voluntárias da União destinadas a ações de saneamento básico” ou ainda “celebrar contrato, convênio ou outro instrumento congênere vinculado a ações de saneamento básico, com a Administração Direta ou Indireta da União, entidades ou fundos direta ou indiretamente sob o seu controle, gestão ou operação, ou com entidades de crédito que se utilizem de recursos da União ou de fundos geridos ou operados por órgão ou entidade da União”, implique ou não em repasse de verbas para o ente.

De forma análoga, o artigo 46*** prevê que a alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União, ou com recursos geridos ou operados por órgão ou entidade da União, serão condicionados à adesão dos entes ao Sisnasa (inciso I), além de outras condições estabelecidas no artigo, relativas essencialmente ao perfil econômico do empreendimento, ao desempenho do prestador, à eficiência e eficácia do empreendimento, entre outros.

Pois bem. Diante de tal quadro e em face do peso que os recursos federais desempenham no setor, questiona o consulente se tal previsão viola a Constituição, ao subordinar a obtenção de tais recursos à adesão ao sistema estabelecido na lei federal. É o que passo a responder.

Já vimos que, pelo regime constitucional, as diretrizes estabelecidas pela União têm essencialmente um papel estruturador. Esse papel está igualmente presente, por meio de outros mecanismos, nos vetores e valores adotados na Política Nacional do Saneamento Básico. Um dos mecanismos vislumbrados pelo Anteprojeto para atingir estes objetivos foi subordinar o repasse de recursos federais à adesão à Política e às suas condicionantes.

Ao fazê-lo, a União não parece contrariar qualquer dispositivo constitucional.

Há que se distinguir entre receitas vinculadas e receitas de livre distribuição da parte da União. Vinculadas são aquelas que têm destinação específica e certa, conforme determinação constitucional ou legal. Ela é instrumento de garantia de recursos à execução do planejamento

* N. do E.: O art. 43 do APL corresponde ao art. 40 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 39 do APL corresponde ao art. 38 do PL 5296/2005..

*** N. do E.: O art. 46 do APL corresponde ao art. 43 do PL 5296/2005.

e impede a utilização de tais recursos para quaisquer outros fins que não aqueles estabelecidos em lei. Não poderia a União, evidentemente, condicionar o repasse de receita previamente destinada aos demais entes federativos à realização de qualquer obrigação por parte deles. É o caso, por exemplo, dos recursos de repasse de fundos de participação tributária dos Estados e Municípios. É evidentemente inconstitucional a União condicionar tal repasse a qualquer comportamento dos entes envolvidos.

Diferente é o caso das receitas de livre distribuição. Inexiste nesse caso qualquer exigência quanto ao destino de tais receitas, exceto, por suposto, as da probidade, moralidade e eficiência públicas. Em decorrência, compete à União estabelecer os critérios que considera mais adequados para conferir prioridade na utilização dos sempre escassos recursos públicos.

Nada impede, conseqüentemente, que a União fixe as condições que justificarão os seus investimentos. Ao contrário, tratando-se de receitas de livre disposição, quanto mais objetivas, explícitas e estáveis forem estas regras, tanto melhor estará atendido o interesse público. No caso, o estabelecimento destas regras em lei, como deixa perceber o Anteprojeto, corresponde ao melhor que a União poderia fazer para garantir publicidade, estabilidade, impessoalidade e objetividade a tais critérios.

Sob esse ângulo, não há como se considerar que a subordinação dos repasses e financiamentos à adesão corresponderia a comportamento abusivo da União, embora o seu poder de indução seja, na prática, bastante considerável. A adesão é voluntária e nada impede, portanto, que qualquer ente federativo incumba-se da prestação e regulação dos serviços de que é titular sem qualquer associação com outros entes. Tem orçamento e autonomia para tanto.

Porém, se os entes federativos pretenderem contar com a cooperação da União e dos recursos federais, deverão amoldar-se aos condicionamentos do Sisnasa. Estes, longe de serem subjetivos ou arbitrários, nada mais fazem senão dispor as exigências mínimas necessárias à estruturação do setor. Nesse sentido, é de se lembrar que a simples adesão ao Sisnasa não é suficiente para a obtenção dos recursos. Eles também dependem da própria existência desses recursos e de outros critérios que se destinam a avaliar a seriedade do empreendimento, conforme dispõem outros incisos do artigo 46*, *caput*. Os parágrafos do mesmo artigo contêm outras diretrizes sobre como serão despendidos os recursos federais destinados ao setor, como a previsão de que os recursos não onerosos da União, para subvenção de ações de saneamento básico promovidas por entes federados, serão sempre transferidos para o titular dos serviços (§ 4º) ou a possibilidade de estabelecer critérios diferenciados em vista das diversidades socioeconômicas e institucionais dos entes federados, especialmente para os Municípios de pequeno porte (§ 7º).

Assim, é de se concluir que o condicionamento do repasse de recursos federais à adesão do Sisnasa não parece contrariar qualquer dispositivo constitucional, diante da discricionariedade da União na destinação destes recursos e na fixação de critérios de despesa de caráter impessoal, objetivo e aderente às finalidades de estruturação do setor.

Observe-se, por fim, que moldar o sistema por meio de incentivo financeiro não é propriamente um papel novo da União na ordenação dos serviços de saneamento básico. Isso já foi feito, de certa forma, à época do Planasa, em prol da organização e da eficiência do serviço. Assim é que, no intuito de concentrar a aplicação de recursos nos Estados e não mais nos Municípios, a União disponibilizava linhas de financiamento para ações de saneamento, por intermédio do Banco Nacional da Habitação (BNH), prioritariamente às CEBs, em detrimento dos órgãos e entidades municipais. Favorecia, por tal mecanismo, a centralização dos serviços em sede estadual, considerado à época o melhor modelo para a expansão e universalização dos serviços⁹³.

III – Contornos da prestação dos serviços públicos de saneamento

Derradeiro tópico do presente trabalho relaciona-se com aspectos relativos à prestação dos serviços propriamente dita. Todos têm como pano de fundo uma certa dicotomia na forma de enxergar o serviço público, que tanto pode ser encarado com função pública, como sob a perspectiva de atividade econômica (*III.1*). Dessa dicotomia exsurgem duas questões conexas: a questão da interrupção do fornecimento dos serviços em caso de inadimplência (*III.2*) e a questão da obrigatoriedade de conexão à rede pública de serviços (*III.3*). Além disso, o caráter de função pública dos serviços públicos de saneamento subjaz ao ato de nomear expressamente o direito à salubridade ambiental no corpo da lei, o que por sua vez tem conseqüências sobre a prestação do serviço em si mesma e sobre o caráter da regulação (*III.4*). Vejamos cada um destes aspectos.

III.1. Função pública *versus* atividade econômica

Já consignei em diversas ocasiões pretéritas⁹⁴ que a Constituição Federal apresenta duas acepções distintas acerca do que seja serviço público, conforme a possibilidade ou não de se atribuir a ele conteúdo econômico. De um lado, a Constituição faz referência a serviço público em sentido amplo, compreendendo nesta expressão todas as atividades prestacionais de

⁹³ Tratava-se de programa de financiamento para o saneamento (Finansa), instituído pela Resolução do BNH nº 16, de 07/04/71, da Lei nº 6.528, de 11/05/78 e do Decreto nº 82.587, de 06/11/78.

⁹⁴ Ver, por exemplo, nossos Concessão de Serviços Públicos sem Ônus para o Usuário. In: WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, páginas 334 e seguintes; Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, página 213 e seguintes.

incumbência estatal (é o caso do artigo 145, II, da Constituição). De outro lado, atribui um sentido mais restrito à expressão “*serviço público*”, como espécie do gênero atividade econômica. É o caso do artigo 175, que aborda tão-somente os serviços públicos econômicos – ou seja, aqueles que podem ser traduzidos em relações econômicas e delegados a particulares.

Nem todo serviço público (em sentido amplo) pode ser tratado como atividade econômica. É o caso, por exemplo, da segurança pública e da prestação jurisdicional. Estes serviços públicos, como outros de natureza similar, malgrado oferecerem utilidade ou comodidade ao administrado, não podem, por seus próprios requisitos intrínsecos, ser tratados como atividade econômica (atividade passível de exploração econômica). Outros serviços, por sua natureza, são serviços públicos econômicos, pois permitem que sua prestação seja travestida de conteúdo econômico: são aqueles serviços a que faz referência o artigo 175. Há que se verificar que estas duas faces do serviço público estão longe de ser antagônicas ou excludentes: os serviços públicos econômicos permanecem sendo função pública, ao oferecer utilidade pública para a população. Não raro são serviços essenciais, como é o caso do saneamento básico⁹⁵.

Aqueles que possuem, no entanto, um conteúdo econômico, merecem atenção particular, pois envolvem o imbricamento de lógicas econômicas e não-econômicas em sua prestação. Em princípio, a lógica do serviço público é contrária ou, ao menos, alheia à lógica puramente econômica. Corresponde à assunção, por parte do Estado, do compromisso de disponibilizar determinado serviço à fruição, independentemente de sua vantajosidade econômica. É serviço público exatamente porque, pela sua declarada importância para o bem-estar da sociedade, o Estado avoca a obrigação de provê-lo. Assim, mesmo nos casos em que o serviço for deficitário, permanecerá a obrigação dos entes federados de provê-lo, pois esta decorre de mandamento constitucional.

É admissível, no entanto, que este mesmo serviço possa ser objeto de exploração econômica. Pode ser objeto de delegação a concessionários ou permissionários dos serviços que poderão, ao contrário da Administração direta, ter como objetivo essencial a obtenção de lucro legítimo. A perspectiva de função pública não deixa, por isso, de estar presente: ainda que a prestação do serviço seja delegada, não deixa de existir a responsabilidade última do Estado, na qualidade de seu titular. A Administração lança mão de tal mecanismo no intuito de simbioticamente aproveitar-se da eficiência dos particulares ou de entidade especializada na execução da atividade que lhe comete, de forma que os serviços sejam melhores em termos de qualidade e preço para os seus usuários.

Pois bem. Partindo do pressuposto que essas duas faces – serviço público como função pública e serviço público como parte integrante do núcleo das atividades econômicas – podem coexistir, não há como não se concluir que a própria natureza do serviço público exige que

⁹⁵ A propósito, não de ter um traço de relevância e essencialidade, sem o qual não poderiam sequer ser excepcionados à regra de mercado (livre acesso à iniciativa privada) e reservados à prestação em regime público.

prevaleça a característica da função pública, que garante a fruição de utilidade essencial – ou ao menos de utilidade pública – aos administrados. Insere-se no esforço constante de reduzir desigualdades sociais, que é um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (artigo 3º, III, CF).

Se é verdade que a perspectiva de função pública prevalece sempre sobre a perspectiva econômica, é também verdade que a dimensão econômica dos serviços públicos, quando existir, não pode ser desconsiderada. A prevalência é principiológica e relativa, pois desconsiderar a sustentabilidade econômica da prestação dos serviços corresponderia a comprometer a perenidade do serviço ou a sua universalização.

O necessário convívio entre essas duas lógicas distintas é medida para que se viabilize, de um lado, o cumprimento da função pública do serviço e, de outro, a sua sustentabilidade econômica. A partir do momento em que existe transparência na delimitação de cada um dos campos de incidência destas duas lógicas distintas e das consequências de uma sobre a outra, a coexistência entre elas torna-se viável. O esforço de transparência em relação aos custos do serviço e à composição da tarifa denota a importância de bem estabelecer a fronteira entre o serviço público economicamente sustentável e o serviço público prestado sob a perspectiva da função pública essencial⁹⁶. É isso que, me parece, procura fazer a proposta em exame.

O Anteprojeto contém diversas disposições que exprimem as duas faces do serviço público acima mencionadas e arbitram a sua convivência. Por um lado, o Anteprojeto procura garantir a sustentabilidade econômico-financeira do serviço, prover a justa remuneração das empresas que os prestam, tornar o serviço eficiente e evitar gastos desnecessários, no intuito de evitar onerosidade do serviço⁹⁷. Por outro lado, prevê metas de universalização do serviço e mecanismos destinados a atender à população menos favorecida, o que pode ser viabilizado,

⁹⁶ Deve-se notar que a preocupação está longe de ser uma exclusividade brasileira. A *Cour de comptes* francesa, em relatório datado de 2003 relativo à gestão dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário, alerta para a falta de transparência quanto ao custo do provimento de cada etapa do serviço e de seu impacto na formação dos preços, seja a prestação direta ou indireta (COUR DE COMPTES, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*. Rapport au Président de la République suivi de réponses des administrations et organismes intéressés, décembre 2003, página 30 e seguintes).

⁹⁷ Assim é que, por exemplo, o artigo 25*, inciso IV, do Anteprojeto estatui que a lei local deve prever sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro na prestação dos serviços de saneamento, preceito reforçado pelo artigo 30**. Este, de forma ainda mais clara, dispõe que a sustentabilidade será assegurada com o custeio do serviço por meio de preços públicos ou de taxas, tanto quanto possível. Os artigos 31***, incisos II e III, o artigo 38****, inciso VII, ou ainda o artigo 56, I, '5'*****, são outros exemplos de exposição do caráter econômico dos serviços. Contrapõem-se a eles, ou os complementam, outros artigos que prevêm lógica antieconômica ligada à fruição dos serviços pela população, como por exemplo os artigos 31***, inciso I, ou o artigo 46, § 2º*****. (N. do E.: * O art. 25 do APL corresponde ao art. 24 do PL; ** O art. 30 do APL corresponde ao art. 29 do PL; *** O art. 31 do APL corresponde ao art. 30 do PL; **** O art. 38 do APL corresponde ao art. 37 do PL; ***** O art. 56, I, '5' do APL corresponde ao art. 58 do PL; ***** O art. 46, § 2º do APL corresponde ao art. 43, § 1º do PL 5296/2005)

dentre outras ações, através de subsídios que permitam a modicidade tarifária. O artigo 46*, § 1º, por exemplo, expõe perfeitamente as duas faces do serviço público:

§ 1º. A aplicação de recursos não onerosos da União deve priorizar ações que visem ao atendimento de usuários que não tenham capacidade de pagamento compatível com a auto-sustentação dos serviços.

Algumas idéias-chave tendem a promover o equilíbrio entre as duas perspectivas, como por exemplo o conceito de subsídio (interno e externo). Garantem, por um lado, a transparência nos custos econômicos dos serviços e, portanto, a sua lógica do ponto de vista econômico. Prevêm, por outro, a garantia de seu fornecimento aos menos favorecidos, mediante o rateio do custo deste serviço pelos usuários que têm condições de pagá-lo ou ainda pelos contribuintes em geral.

Também o fundo especial para financiar a universalização (previsto no artigo 30**, § 2º) representa a mesma tentativa de equilíbrio. Tem a intenção de segregar as duas faces do serviço público, identificando-as, para assim não comprometer uma nem outra.

Feita essa explanação inicial, passo a abordar as questões que a ele estão conexas.

III.2. A questão da inadimplência

O Anteprojeto enumera entre as diretrizes do abastecimento de água “a garantia do abastecimento em quantidade suficiente para promover a saúde pública e com qualidade compatível com as normas, critérios e padrões de potabilidade estabelecidos conforme o previsto no inciso V do artigo 16 da Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990;” (artigo 6º***, II). O abastecimento de água de maneira ininterrupta é, portanto, uma garantia ao consumidor. No entanto, o § 1º do mesmo artigo admite expressamente “a restrição de acesso aos serviços nos casos e condições previstos em lei do titular, exigida a prévia notificação ao usuário quando motivada por inadimplência”. E a disposição seguinte completa:

§ 2º. A inadimplência do usuário residencial de baixa renda e dos estabelecimentos de saúde, educacionais e de internação coletiva não prejudica a garantia de abastecimento mencionada no inciso II deste artigo, devendo a restrição de acesso aos serviços assegurar o mínimo necessário para atender às exigências de saúde pública, nos termos de instrução do Ministro da Saúde.

* N. do E.: O art. 46 do APL corresponde ao art. 43 do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 30 do APL corresponde ao art. 29 do PL 5296/2005.

*** N. do E.: O art. 6º do APL corresponde ao art. 7º do PL 5296/2005.

Nos casos de esgotamento sanitário e de limpeza urbana, a interrupção não é admitida em nenhuma hipótese⁹⁸. A questão da interrupção dos serviços se resume, então, no fornecimento de água, nas hipóteses e condições previstas no Anteprojeto. Essas hipóteses e condições seriam constitucionais, em vista dos direitos à saúde e ao meio ambiente? Seriam, ainda, compatíveis com os princípios das leis de defesa do consumidor e de concessões e permissões de serviços públicos? É o que examinarei a seguir.

Como afirmei anteriormente, trata-se de conciliar as duas perspectivas do serviço público referidas no tópico anterior: a dimensão econômica não somente autoriza, como também exige a restrição de acesso (interrupção) como condição de sanidade econômica do empreendimento. A dimensão não econômica advoga o contrário. Ou seja: por um lado, em uma perspectiva de sustentabilidade econômica do serviço, é inviável que este continue sendo prestado sem a sua devida contrapartida econômica; por outro lado, é inconcebível que o provimento de tal serviço essencial venha a ser interrompido, com evidente comprometimento da universalização e continuidade dos serviços e, possivelmente, com danos irreversíveis à qualidade de vida do utente.

A jurisprudência já se debruçou sobre a questão, ainda que inexistia decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ponderando entre as duas perspectivas envolvidas. Considera o Superior Tribunal de Justiça que é possível o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, quando houver inadimplência, desde que o referido corte seja precedido por aviso, conforme previsão do artigo 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95. Segundo o Tribunal, cumprido esse procedimento, a interrupção não acarretaria inobservância ao Código de Defesa do Consumidor, não caracterizando, portanto, descontinuidade na prestação do serviço⁹⁹.

Outros acórdãos proferidos no mesmo sentido expuseram, no entanto, a preocupação dos julgadores com os riscos de interrupção de tal serviço essencial. Entenderam que a lógica econômica não poderia prevalecer a qualquer custo e que não seria possível o corte de serviço essencial para pessoa física em situação de miserabilidade, admitindo-se, no entanto, possibilidade do corte de serviço essencial para pessoa jurídica de porte. Considerou o STJ que “o corte de fornecimento de serviços essenciais – água e como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea do respeito à dignidade humana”¹⁰⁰.

⁹⁸ Artigo 7º-*, § 1º: “É vedada a restrição de acesso aos serviços públicos de esgotamento sanitário em decorrência de inadimplência do usuário”. Artigo 8º**, Parágrafo único: “É vedada a interrupção de serviço de coleta em decorrência de inadimplência do usuário residencial, exigindo-se a comunicação prévia quando alteradas as condições de sua prestação.” (* N. do E.: O art. 7º do APL corresponde ao art. 8º do PL; ** O art. 8º do APL corresponde ao art. 9º do PL 5296/2005.)

⁹⁹ O referido entendimento foi assentado, por maioria, no RESP 363.943/MG, publicado no DJ 01/03/2004, tendo como relator o Ministro Humberto Gomes de Barros (1ª Seção).

¹⁰⁰ Ver, por exemplo, os acórdãos da 1ª Turma nos RESP 615705, 623322, 604364, 617588, todos da relatoria do Ministro Luiz Fux.

Deve-se salientar que a 1ª Turma, no ano de 1999 até meados de 2003, entendia ser ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, em decorrência do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor a respeito da impossibilidade de expor o usuário ao ridículo. Os acórdãos mais recentes da 2ª Turma também seguem o entendimento da 1ª Seção. Aliás, quanto ao posicionamento da 2ª Turma, deve-se destacar decisão no AGA 559349, publicado no DJ de 10/05/2004, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, que reforça o entendimento da 1ª Seção, quando entende que no curso da discussão judicial a respeito da procedência do débito, o devedor não poderá sofrer o corte do serviço.

Parece-me que a posição adotada pelo Anteprojeto reflete não somente a solidez das discussões jurisprudenciais como também um equilíbrio razoável e conforme aos parâmetros de legalidade entre as duas lógicas supra-referidas.

Em primeiro lugar, o Anteprojeto exige a notificação prévia do usuário inadimplente quanto à possibilidade de restrição de seu acesso (artigo 6º*, § 1º), o que não apenas é direito do consumidor como também é expressamente previsto no artigo 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95.

Além disso, o Anteprojeto assegura que a eventual inadimplência do usuário residencial de baixa renda, de estabelecimentos de saúde, educacionais ou de internação coletiva não prejudicará a garantia de abastecimento, devendo a restrição de acesso aos serviços assegurar “o mínimo necessário para atender às exigências de saúde pública” (artigo 6º*, § 2º). Assim, impede que a lógica econômica prevaleça sobre a lógica de função pública dos serviços, estabelecendo juízo de proporcionalidade entre ambas.

A possibilidade de interrupção dos serviços de abastecimento de água, seja ela de que forma for, descaracteriza tais serviços como serviços essenciais? Há quem entenda – inclusive no Supremo Tribunal Federal – que sim¹⁰¹. Permito-me discordar de tal posição. A essencialidade do serviço não decorre da impossibilidade de sua interrupção a qualquer custo, mas sim pela impossibilidade de sua interrupção de maneira imotivada, irrazoável ou desproporcional. As exigências feitas no Anteprojeto – que reproduzem as preocupações jurisprudenciais sobre a matéria – o demonstram: a interrupção do serviço em caso de inadimplência não tem o condão de inviabilizar valores maiores envolvidos no serviço, como a dignidade humana, o direito à saúde e à educação.

O que não é lícito admitir é que uma parcela dos usuários usufrua indefinidamente da utilidade sem pagamento, fazendo recair sobre a outra parcela, dos adimplentes, os ônus deste não-pagamento. Se se admitem – e tenho sustentado que isso integra o vetor que

¹⁰¹ Assim é que o Ministro Moreira Alves proferiu o seguinte voto em ADIn: “Com todas as vênias, o serviço de distribuição de águas não é essencial. Tanto não é que pode ser cortado sem que haja o que ocorre, por exemplo, com o serviço de remoção do lixo, em que, aí sim, o Estado está obrigado a prestar o serviço” (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.340-3/Santa Catarina (liminar), Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 21.03.2001).

* N. do E.: O art. 6º do APL corresponde ao art. 7º do PL 5296/2005.

denomino universalização da fruição de um serviço público – tarifas diferenciadas, subsidiadas e mesmo gratuidades tarifárias, certo deve estar que tais benefícios devem integrar uma política pública explícita, que discrimine as classes ou grupos de usuários beneficiados e a fonte dos recursos necessários a fazer frente aos custos do subsídio ou isenção (subsídios internos ou externos). O que não se admite é que a garantia da ininterruptibilidade da prestação sirva para que – por necessidade ou oportunidade – alguns usuários definam, ao seu alvedrio, sua imunidade tarifária.

Conclui-se, portanto, que o Anteprojeto opera separação razoável e satisfatória entre as duas dimensões do serviço público. A interrupção ocorrerá em caso de inadimplência voluntária, não nos casos em que o usuário não tiver condições de efetuar seu pagamento. Não privará, tampouco, do abastecimento de água suficiente para atender os estabelecimentos de saúde, educacionais ou de internação coletiva, nem prejudicará as exigências de saúde pública. Garantido o direito à saúde (artigo 6º da Constituição Federal) e outros direitos fundamentais previstos na Constituição, o disposto no artigo 6º*, §§ 1º e 2º, não padece de qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade.

III.3. A questão da obrigatoriedade da conexão à rede pública

Pode-se igualmente indagar – como solicita o consulente – se as previsões relativas à obrigatoriedade de conexão às redes públicas de abastecimento de água e esgotamento sanitário seriam constitucionais. Conforme o Anteprojeto, excetuados os casos previstos na legislação do titular, é compulsória a ligação da edificação que utilize a água para consumo humano à rede pública de abastecimento existente (artigo 6º*, § 5º, inciso I), assim como à rede pública de coleta de esgotos sanitários existente de edificação que disponha de instalações prediais de esgotos (artigo 7º**, § 2º).

A meu ver, a controvérsia coloca novamente em questão o equilíbrio entre as duas perspectivas do serviço público. Sob a perspectiva da função pública, importa ao Poder Público garantir a fruição desta utilidade aos administrados, seja ela por qual meio for. Não haveria óbice, sob esse ponto de vista teórico, à constituição de sistemas paralelos de água e esgoto que não estivessem conectados às redes públicas.

No entanto, ainda sob essa perspectiva, o fato de os serviços de água, esgoto, limpeza urbana e manejo de águas pluviais terem relação direta com o direito essencial à saúde pública autoriza que o Estado atue necessariamente na intermediação da disponibilização de tal utilidade pelos administrados, de maneira a garantir sua efetiva fruição. Assim como toda

* N. do E.: O art. 6º do APL corresponde ao art. 7º do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 7º do APL corresponde ao art. 8º do PL 5296/2005.

oferta de serviço público traz benefícios gerais à coletividade, para além do benefício trazido diretamente ao seu usuário, a ausência dela também trará prejuízo coletivo que vai muito além do prejuízo individual. Como já afirmei anteriormente¹⁰², quando tratamos de saneamento ambiental estas externalidades são tão significativas que se equiparam ou superam o benefício fruível, individualmente, pelos usuários. De tal traço decorre a justificativa para a compulsoriedade dos serviços (como de resto predica aquele regime mitigado quanto ao corte por inadimplência).

Sobretudo no caso do esgotamento sanitário e da remoção de resíduos sólidos, atividades que podem gerar considerável impacto negativo à saúde e ao meio ambiente, não parece excessivo que o Estado avoque para si o poder-dever de controlar tais atividades e assegurar-se de sua correta execução¹⁰³. Trata-se de serviços de utilidade pública, que deverão estar à disposição dos usuários, utilizem-se deles ou não. Independentemente da vontade do usuário ou de sua possibilidade de recorrer a sistemas privados de abastecimento, esgotamento e limpeza urbana, esse serviço será prestado ou ao menos disponibilizado de maneira contínua e universal para sua fruição, por imperativo de higienização e de preservação do meio ambiente. Por sua essencialidade, os serviços incluídos no saneamento aproximam-se da acepção de função pública, fruível de forma compulsória e indivisível por toda a gente.

Some-se a isso a perspectiva econômica. A compulsoriedade de conexão é requisito para que se garanta a sustentabilidade econômica da rede pública, que demanda alto investimento e pressupõe subsídios entre os seus usuários. A iniciativa individual, apesar de não comprometer em teoria o direito individual à salubridade ambiental, corre o risco de comprometer o acesso coletivo a este direito, pois tende a inviabilizar economicamente o sistema público de provimento destes serviços.

Observe-se que a obrigatoriedade de fruição parece ser largamente aceita pela jurisprudência no que diz respeito ao esgotamento sanitário e aos serviços de limpeza urbana. Assim é que, em julgamento a respeito da natureza da remuneração dos serviços de coleta e remoção do lixo, o STF considerou que se tratava de serviços de fruição obrigatória, resultado de sua disciplina como serviços essenciais à saúde pública¹⁰⁴.

Deve-se, portanto, reconhecer que pode existir, potencialmente, benefício individual na possibilidade de não-conexão às redes públicas de água e esgotamento urbano. Contudo, existe benefício coletivo que resulta da adesão de cada um dos usuários do serviço e da

¹⁰² Ver nosso *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*, adrede referido.

¹⁰³ Observe-se, nesse sentido, que não se admite qualquer hipótese de interrupção dos serviços de limpeza urbana e de esgotamento sanitário, como vimos no tópico anterior, exatamente pela necessidade de se assegurar do destino dos resíduos envolvidos nestas atividades.

¹⁰⁴ STF, RE. nº 89.876, j. 10.10.1980. O Tribunal considerou que “sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo – *que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública* –, a tarifa de lixo instituída pelo Decreto nº 196, de 12 de novembro de 1975, do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, em verdade, taxa. Inconstitucionalidade do referido decreto, uma vez que taxa está sujeita ao princípio constitucional da reserva legal.”

necessidade de financiar coletivamente a construção, a manutenção e a ampliação de tais infra-estruturas coletivas. Tal benefício coletivo se verifica também na integralidade do controle estatal sobre o destino dos resíduos decorrentes das tarefas de remoção de resíduos sólidos e de esgotamento sanitário. No sopesar de interesses coletivos e privados, não parece excessiva ou desproporcional a prevalência dos primeiros sobre os últimos e, conseqüentemente, a exigência de que todos se filiem a este único sistema.

Poder-se-ia ainda levantar a discussão: como pode ser obrigatória a filiação, se pode haver desligamento? Por que a essencialidade funciona em um sentido e não em outro? A resposta parece se encontrar, mais uma vez, no caráter híbrido dos serviços públicos e em julgamento de proporcionalidade e razoabilidade entre os interesses envolvidos. A potencialidade dos serviços de saneamento básico é bem de fruição coletiva para o qual todos devem contribuir, independentemente de sua vontade. Não só contribuir para a existência do sistema, como para a universalização do serviço e para a sua fruição coletiva. Daí a possibilidade de os usuários mais favorecidos arcarem com o custo daqueles que, apesar de não pagarem, não podem ter seu serviço cortado pela essencialidade. Por esse motivo não pode ser facultativa a adesão.

Entretanto, caso não seja o caso de fruição essencial, ou seja, ausente interesse público maior, retorna-se à lógica econômica. Mesmo porque, em caso contrário, haveria flagrante injustiça com os demais usuários adimplentes, que custeariam utilidade para outros usuários. Tratar-se-ia de enriquecimento imotivado dos usuários que passariam a se beneficiar de infra-estrutura potencial para a qual não teriam contribuído, com evidente prejuízo ao interesse público e de vários particulares.

Parece-me assim que, também no que diz respeito às normas constantes do Anteprojeto sobre a obrigatoriedade de conexão à rede pública de água e de esgotamento sanitário, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

III.4. O direito à salubridade ambiental

Em seu artigo 2º*, § 1º, o Anteprojeto estabelece que os serviços públicos de saneamento básico possuem caráter essencial. No artigo seguinte, o texto pretende exprimir expressamente o direito à salubridade ambiental, nos seguintes termos:

Artigo 3º. Todos têm direito à vida em ambiente salubre, cuja promoção e preservação é dever do Poder Público e da coletividade.

Parágrafo único. É obrigação do Poder Público promover a salubridade ambiental, especialmente mediante políticas, ações e a provisão universal e equânime dos serviços públicos necessários.

* N. do E.: O art. 2º do APL corresponde ao art. 5º do PL 5296/2005.

Os artigos subseqüentes precisam os contornos desse direito. Estabelecem a garantia de todos a níveis adequados e crescentes de salubridade ambiental, bem como o direito de exigir dos responsáveis medidas preventivas, mitigadoras, compensatórias ou reparadoras em face de atividades prejudiciais ou potencialmente prejudiciais à salubridade ambiental (artigo 4º) e caracterizam o que se entende por universalização do serviço (artigo 5º*, parágrafo único).

Pode-se considerar, nesse contexto, que o Anteprojeto pretende erigir o direito à salubridade ambiental como direito público subjetivo, o que autoriza aos indivíduos a demanda individual em busca da satisfação do direito, inclusive por via judicial¹⁰⁵. O Estado fica em contrapartida obrigado à prestação dos serviços de saneamento urbano e à sua disponibilização à população. A diferença é que, ao contrário dos direitos públicos subjetivos tradicionais, que exigem um comportamento negativo do Estado (um “*abster-se de fazer*”), a extensão de tal *status* jurídico a direitos sociais (como é caso da educação fundamental, como dispõe o artigo 208, § 1º, da Constituição Federal) faculta aos indivíduos exigir uma posição ativa do Estado no que se refere à proteção de direitos¹⁰⁶.

O dever de provimento estatal dos serviços não inova no cenário jurídico do saneamento: a partir do momento que tal atividade é enquadrada como serviço público, passa a ser dever do Estado provê-lo aos seus cidadãos. Vigora a perspectiva de função pública da qual tratei agora há pouco. Assim é que, independentemente da disposição legal, o Poder Judiciário já é freqüentemente acionado para garantir a fruição (ou, de qualquer forma, a inexistência de interrupção na fruição – v. supra *III.2.*) destes serviços essenciais.

No entanto, não deve ser menosprezada a importância de alçar o direito à salubridade ambiental à categoria de direito público subjetivo. Como consigna, ainda, Clarice Seixas Duarte, erigir um direito social a tal categoria é uma forma eficaz de buscar a efetividade de tal direito, apesar de ainda existir resistência da parte do Judiciário em apreciar tais questões, freqüentemente consideradas integrantes da esfera de discricionariedade da Administração Pública. A consequência primeira é a impossibilidade de o Poder Judiciário furtar-se da apreciação das demandas individuais de efetivação de tal direito, o que não é negligenciável. É bem verdade que, como consigna a autora, os direitos sociais são essencialmente coletivos, cuja efetivação não se reduz à sua fruição individual, mas demanda a fruição universal. No entanto, o reconhecimento de que o indivíduo pode fazer funcionar a máquina estatal em seu interesse não se choca com o bem comum; ao contrário, faz parte dele. O reconhecimento de pretensões aos indivíduos pela lei vem reforçar a proteção de sua liberdade e não transformá-los em direitos privados¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Como lembra Clarice Seixas Duarte, Georg Jellinek conceituava o direito público subjetivo como “o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse” (JELLINEK, G. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milano, 1910). Segundo a autora, o direito público subjetivo corresponde à capacidade de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual, o que permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve (DUARTE, Clarice Seixas. *Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. São Paulo em Perspectiva*, 18(2): 113-118, 2004).

¹⁰⁶ Ver nesse sentido o mesmo texto de DUARTE, Clarice Seixas. *Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. São Paulo em Perspectiva*, 18(2): 113-118, 2004.

¹⁰⁷ DUARTE, Clarice Seixas. *Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. São Paulo em Perspectiva*, 18(2): 113-118, 2004.

* N. do E.: O art. 5º do APL corresponde ao art. 6º do PL 5296/2005.

Assim, o direito à salubridade ambiental previsto no Anteprojeto tende a tornar mais efetiva a sua proteção, por meio da garantia direta de fruição individual dos serviços e, indiretamente, de fomento à satisfação coletiva deste direito. Observe-se que o mesmo mecanismo é utilizado para o planejamento¹⁰⁸ ou ainda para a fiscalização¹⁰⁹, embora estes dois direitos possam ser incluídos na noção geral de direito à salubridade ambiental. Trata-se, em essência, de conferir maior eficácia às obrigações positivas (as de planejar, de fiscalizar e de prover os serviços) que pesam sobre o Poder Público.

Mas esse direito vai além. Conforme o texto de introdução do Anteprojeto, “*a salubridade ambiental é entendida como um direito coletivo e, também, como uma responsabilidade não só do Estado, mas também da sociedade, das empresas e das pessoas.*” A exigibilidade do direito não se dirige somente ao Estado, mas aos entes privados que dele participam.

IV – Conclusão e resposta aos quesitos

É hora de concluir brevemente este trabalho que já se faz demasiado longo.

Pelo que pude demonstrar, o Anteprojeto se insere em contexto de questões jurídicas de extrema complexidade e de impasses econômico-regulatórios que já duram décadas. Apresenta para tais controvérsias soluções inovadoras, que não destoam da boa técnica legislativa e dos parâmetros estabelecidos na Constituição.

O Anteprojeto sabiamente tangencia a controvérsia da titularidade dos serviços, por meio da previsão ampla de dispositivos que serão aplicáveis qualquer que seja o deslinde judiciário da questão. Confere, no entanto, papel preponderante aos Municípios. Prevalece de qualquer forma a lógica de inclusão, criatividade e formalização das relações de cooperação entre entes federativos e entre estes e particulares.

O Anteprojeto consubstancia também o exercício pleno da função estruturante atribuída à União pela Constituição Federal (artigo 21, XX). Suas diretrizes apontam para a necessidade de efetivo planejamento, regulação e fiscalização dos serviços. Apesar de respeitada a autonomia dos titulares dos serviços de saneamento básico, por meio da voluntariedade na adesão às práticas recomendadas ou estabelecidas no Anteprojeto, são previstos instrumentos poderosos para a implementação das finalidades estabelecidas.

¹⁰⁸ “Artigo 13*. É direito do cidadão receber serviços públicos de saneamento básico que tenham sido adequadamente planejados”. (* N. do E.: O art. 13 do APL corresponde ao art. 14 do PL 5296/2005.)

¹⁰⁹ “Artigo 20**. É direito do cidadão e dos demais usuários dos serviços públicos de saneamento básico fiscalizar os serviços e receber ou ter acesso a serviços permanentemente fiscalizados”. (** N. do E.: O art. 20 do APL corresponde ao art. 21 do PL 5296/2005.)

Finalmente, o texto legal logra obter o difícil equilíbrio entre as perspectivas dos serviços públicos de saneamento como função pública e como atividade econômica em sentido lato. Procura garantir, em síntese, a fruição da utilidade de maneira universal e contínua pela população, sem comprometer sua sustentabilidade econômica. Isso não fosse suficiente, reconhece expressamente um direito à salubridade ambiental, reforçando o engajamento prático do Poder Público em disponibilizá-lo.

Não são poucos os desafios e controvérsias que terão de ser enfrentados na discussão e deliberação legislativa sobre o Anteprojeto apresentado. Tampouco serão leves as provas pelas quais o setor deverá passar uma vez aprovado o novo marco regulatório para o setor. É fato, no entanto, que quanto mais se retarda o enfrentamento destas questões, mais o país padece da falta de empreendimentos e ações em saneamento básico, por incertezas regulatórias. O primeiro grande mérito do Anteprojeto é colocar na ordem do dia tais discussões.

Posso passar, agora, à resposta aos quesitos que me foram formulados pelo consulente:

Quesito 1. A distinção entre serviços públicos de saneamento básico de interesse local e serviços públicos de saneamento básico integrados constante do Anteprojeto de Lei, bem como suas conseqüências no que tange à competência para prover tais serviços, podem ser consideradas conforme à Constituição Federal de 1988?

Sim. O Anteprojeto não pretende resolver a questão da titularidade, mesmo porque tal pretensão lhe é constitucionalmente defesa. Em decorrência, o Anteprojeto desenvolve mecanismos amplos de articulação de responsabilidade entre entes federativos, independentemente de qual deles seja considerado como titular dos serviços. O texto reconhece ao titular do serviço o exercício pleno de suas prerrogativas, garantindo o autogoverno e a autogestão dos serviços. Prioriza, na regulação que efetua, os papéis práticos das atividades envolvidas nos serviços de saneamento, independentemente das características subjetivas do agente que vier a executá-las. Os papéis descritos no Anteprojeto não se relacionam com a titularidade ou propriedade dos entes que os desempenham, mas sim com a atividade prática de cada agente.

Também a distinção entre os serviços de natureza local e os serviços integrados não guarda relação direta com a atribuição ou o reconhecimento de competência para a prestação dos serviços, ainda que ela tenha conseqüências importantes para o nível de envolvimento de cada ente federativo em sua prestação. O Anteprojeto não determina qual ente político é titular de qualquer das atividades classificadas como saneamento básico pelo artigo 2º, sejam elas de interesse local ou integradas. Ele tão-somente procede à classificação dos serviços para prover aos serviços arranjos e preocupações distintos, em conformidade com o nível e a pluralidade de interesses envolvidos. Exsurge do texto, entretanto, que os serviços de interesse local serão prioritariamente organizados e providos pelos Municípios,

o que é consoante ao regime constitucional. Já o enquadramento como serviço integrado tem como consequência essencial a previsão de medidas de coordenação capazes de integrar os esforços dos diferentes entes envolvidos na regulação conjunta do serviço.

Quesito 2. O tratamento da regulação e da prestação dos serviços de saneamento básico nas “regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões” é consoante com a sua disciplina constitucional?

A prestação dos serviços de saneamento básico em regiões metropolitanas no mais das vezes remete ao contexto de serviços integrados. De minha parte não atribuo ao artigo 25, § 3º, da CF o condão de permitir aos Estados a avocação de competências atribuídas aos Municípios. Entretanto, queira-se ou não emprestar à criação das regiões metropolitanas o condão de transferir tal titularidade aos Estados-membros, há necessidade de coordenação entre as instâncias envolvidas, e é isto que organiza o Anteprojeto. Nesse sentido, ele se insere perfeitamente no espírito das regiões metropolitanas previsto na Constituição.

No que se refere às instâncias de regulação incidentes sobre estas regiões, o Anteprojeto prevê, por um lado, que a regulação dos serviços em região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou região integrada de desenvolvimento observará o disposto na lei complementar que as instituir, embora admita que a regulação e a fiscalização dos serviços poderão ser exercidas por consórcio público. Por outro lado, exige que o Estado, para integrar o Sisnasa, elabore os planos regionais de saneamento ambiental para as regiões metropolitanas, que deverão conformar-se às diretrizes da legislação federal. Observa-se assim lógica de acúmulo e de coordenação, e não exclusão, de instâncias reguladoras e garantidoras da prestação de serviços de qualidade. Seja a titularidade estadual ou municipal, a prestação dos serviços integrados demandará a presença dos dois entes federativos, daí uma certa “esterilização” da controvérsia a respeito da titularidade dos serviços.

Quesito 3. A delegação, transferência ou prestação conjunta de atividades integrantes dos serviços públicos de saneamento básico, pelo ente federativo competente para prestá-las, conforme o regime estabelecido pelo Anteprojeto de Lei, são constitucionais? Que formas jurídicas pode tomar tal delegação ou transferência, com base no Anteprojeto de Lei? Qual a natureza jurídica destes acordos? Quais são os seus limites constitucionalmente estabelecidos?

As competências de planejamento, regulação e fiscalização podem ser transferidas por convênio de cooperação ou por contrato de consórcio público. No primeiro caso, transfere-se apenas o exercício de funções de fiscalização ou receber apoio técnico para as suas atividades de regulação. No segundo caso, admite-se o exercício da integralidade da regulação e fiscalização dos serviços integrados por

meio de consórcio público. A hipótese se insere no quadro de associação e coordenação entre entes federativos da atual redação do artigo 241 da Constituição. Tanto uma quanto outra hipótese são constitucionalmente admissíveis. No caso do convênio de cooperação, a delegação se limita a atividades de mera execução, que não envolvem poder decisório ou margem de discricionariedade da Administração. Já no caso do contrato de consórcio, apesar de poder compreender a integralidade das atividades de planejamento, regulação e fiscalização, o titular dos serviços não se desincumbe de tais tarefas, já que o consórcio integra a estrutura da Administração Indireta de todos os entes da Federação que o celebram. Daí sua constitucionalidade.

Quanto à possibilidade de transferência da prestação do serviço, além das tradicionais formas de delegação ao particular, o Anteprojeto prevê o contrato de fornecimento de serviços de saneamento básico e o contrato de programa. Apesar de constituírem inegável delegação dos serviços, não podem ser enquadrados propriamente como concessão, por faltar-lhes a estrutura tripartite, a relação de supremacia entre os contratantes e ainda a exigência de prévia licitação. A meu ver, isso não significa que o artigo 175 da Constituição seja violado. Trata-se de relação jurídica estabelecida no âmbito da cooperação federativa, inclusive porque celebrados por entes políticos (pessoas jurídicas de direito público interno). Representam, assim, a contratualização de engajamento entre duas esferas políticas autônomas, que tem desenho obrigacional bastante diferente da delegação tradicional, prevista no artigo 175 da Constituição, notadamente diante da ausência de cláusulas exorbitantes ou de desigualdade entre os contratantes. Outrossim, nas hipóteses de delegação da exploração dos serviços a empresas estatais (especialmente sociedades de economia mista) controladas por outro ente da Federação, entendo aí sim haver aplicação do artigo 175, inclusive no tocante à obrigatoriedade de licitação prévia. Vale dizer: após a EC nº 19, ou bem temos o trespasse da execução de serviço público por meio de mecanismo de gestão associada, no âmbito de convênios ou consórcios públicos, ou temos delegação típica (concessão) a empresa estatal de outra esfera da Federação. Nesta segunda hipótese não se pode sequer cogitar de hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Quesito 4. O que se deve entender por “diretrizes para o saneamento básico”, nos termos do artigo 21, inciso XX, da Constituição Federal? As diretrizes constantes do Anteprojeto de Lei atendem a tal definição e a seus limites constitucionais?

As diretrizes que competem à União por força do artigo 21, XX, correspondem às normas de aplicação direta e conteúdo programático direcionado para a ação, que traçam as linhas gerais dos serviços de saneamento básico. Cumprem o papel estruturante da União, orientado para a integração das ações de saneamento e para a sua operacionalização. As diretrizes constantes do Anteprojeto cumprem tal definição, ao conjugar o necessário respeito à autonomia dos entes federativos e a normatização coordenadora do setor. Assim é que a principal diretriz do Anteprojeto, que corresponde à exigência de planejamento, regulação e fiscalização, não pode

ser considerada contrária à autonomia federativa, pois decorre do artigo 175 da própria Constituição, que exige que a prestação dos serviços públicos, mesmo prestados diretamente, sejam regulados por lei. Além disso, a adoção dos modelos propostos no Anteprojeto depende de ato voluntário dos entes federativos, seja ele positivo (adoção) seja ele negativo (omissão).

Quesito 5. A possibilidade de a União condicionar o acesso a recursos federais à adesão à Política Nacional de Saneamento Básico (PNS) e ao cumprimento de algumas exigências previstas no Anteprojeto de Lei é constitucional?

Sim. Os recursos federais referidos no Anteprojeto são receitas de livre distribuição, objeto de transferências voluntárias. Inexiste qualquer exigência quanto ao destino de tais receitas, exceto os limites gerais que orientam a atividade administrativa. Nada impede, então, que a União fixe as condições que justificarão os seus investimentos e que estas sejam condizentes com a função estruturante que a União desempenha no setor. Ao contrário, quanto mais objetivas, explícitas e estáveis forem estas regras, tanto melhor estará atendido o interesse público: é ideal que tais previsões estejam expressas em lei. As exigências feitas não são desarrazoadas ou desvinculadas do papel que a União desempenha. A adesão à PNS e ao Sistema Nacional de Saneamento (Sisnasa) é voluntária e nada impede, portanto, que qualquer ente federativo incumba-se da prestação e regulação dos serviços de que é titular sem qualquer associação com outros entes.

Quesito 6. As exigências referidas no quesito anterior, no que se refere aos seus aspectos técnicos, podem ser disciplinadas por regulamento ou instrução, na forma como propõe o Anteprojeto de Lei?

A constitucionalidade de tal procedimento depende da obediência aos limites gerais da delegação legislativa e, de forma mais geral, ao atendimento ao princípio da legalidade. As diretrizes gerais contidas no Anteprojeto estabelecem com clareza e em grau considerável de determinação os valores e vetores que deverão ser adotados pela regulamentação. Não se há de falar, pois, em margens exageradas de delegação para a regulamentação inovar em seus conceitos, obrigações e espírito. As grandes escolhas principiológicas já foram efetuadas pelo Anteprojeto, que imprime sentido e orientação bastante definida para o setor. Nesse sentido, é constitucional a delegação legislativa para a regulamentação, já que essa atividade delegada estará suficientemente enquadrada para seu exercício regular.

Quesito 7. São constitucionais as normas do Anteprojeto de Lei que permitem a restrição do acesso aos serviços de abastecimento de água em caso de inadimplência do usuário (§§ 1º e 2º do artigo 6º* do Anteprojeto de Lei)?

* N. do E.: O art. 6º do APL corresponde ao art. 7º do PL 5296/2005.

O Anteprojeto reflete equilíbrio razoável e conforme aos parâmetros de legalidade entre a lógica de função pública dos serviços e a lógica econômica que os serviços de saneamento básico encerram. O Anteprojeto exige a notificação prévia do usuário inadimplente quanto à possibilidade de restrição de seu acesso – o que só permite nos serviços públicos de abastecimento de água – e assegura que a eventual inadimplência do usuário residencial de baixa renda, de estabelecimentos de saúde, educacionais ou de internação coletiva não autoriza a restrição do acesso a uma quantidade e qualidade mínima de água, considerada essencial à saúde pública. Assim, opera separação razoável e satisfatória entre as duas dimensões do serviço público e impede que a lógica econômica prevaleça sobre a lógica de função pública dos serviços, estabelecendo juízo de proporcionalidade entre ambas.

Quesito 8. São constitucionais as normas do Anteprojeto de Lei que prevêm a ligação compulsória dos usuários às redes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (artigo 6º*, § 5º, I, e artigo 7º**, § 2º, do Anteprojeto de Lei)?

Sim. O fato de os serviços de saneamento terem relação direta com o direito essencial à saúde pública, aliado à necessidade de garantir a sustentabilidade econômica do serviço (condição para sua fruição coletiva), autoriza que o Estado intermedeie necessariamente a disponibilização de tal utilidade pelos administrados, de maneira a garantir sua efetiva fruição. No sopesar de interesses coletivos e privados, não parece excessiva ou desproporcional a prevalência dos primeiros sobre os últimos e, conseqüentemente, a exigência de que todos se filiem a este único sistema. A potencialidade dos serviços de saneamento básico é bem de fruição coletiva para o qual todos devem contribuir, independentemente de sua vontade.

Assim dou por cumprida a tarefa, imaginando ter respondido o que me foi perguntado. Ao menos assim me parece.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2005.

Floriane de Azevedo Marques Neto
Professor Doutor de Direito Administrativo
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

* N. do E.: O art. 6º do APL corresponde ao art. 7º do PL 5296/2005.

** N. do E.: O art. 7º do APL corresponde ao art. 8º do PL 5296/2005.