

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Fernando Bernardi Gallacci

O REGIME JURÍDICO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA NO SETOR DE
ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO SOB A ÓTICA DO NOVO MARCO
REGULATÓRIO

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Fernando Bernardi Gallacci

O REGIME JURÍDICO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA NO SETOR DE
ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO SOB A ÓTICA DO NOVO MARCO
REGULATÓRIO

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito: efetividade do Direito, Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Dr. Jacintho Arruda Câmara.

SÃO PAULO

2021

Fernando Bernardi Gallacci

O REGIME JURÍDICO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA NO SETOR DE
ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO SOB A ÓTICA DO NOVO MARCO
REGULATÓRIO

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Difícil escrever os agradecimentos nestas breves linhas. O caminho todo desta dissertação não foi fácil. Não que seja fácil escrever quaisquer linhas. Criar narrativas é difícil. Cabe sempre aos leitores julgar a qualidade do texto e as ideias do autor, de modo que os agradecimentos não poderiam ir em outra direção que não fosse aquela dos assíduos revisores deste trabalho (e de outros). Eles trouxeram inúmeras contribuições, demonstrando incansável paciência para debater o texto. Só convém alertar que eventuais equívocos ou incompreensões não lhes cabe. Este trabalho e sua redação são de minha responsabilidade.

Começo a detalhar os agradecimentos na pessoa do Professor Jacintho Arruda Câmara, pela paciência, parceria e pela disponibilidade para sempre debater e prostrar, mesmo quando a pandemia de covid-19 trouxe desafios para a interlocução. Um jantar e/ou um café sempre lhe serão devidos.

Aos parceiros de escritório, sobretudo à Rosane Menezes e ao Rodrigo Machado, agradeço por me estimular a dar o meu melhor e crescer ao longo de mais de dez anos que estamos juntos.

Aos meus pais e irmão, agradeço por todo carinho, incentivo, apoio e tudo aquilo que me trouxe até aqui, bem como pelo que levarei para frente. Tive minha maior herança ao crescer com vocês.

Aos meus sogros, que caminharam comigo escutando da elaboração desta dissertação, agradeço o apoio, amizade e a compreensão.

Especificamente à Luiza, minha noiva, agradeço o amor e por estar comigo sempre (*e più che per sempre*), na rotina e nas aventuras. Agradeço por construir e alimentar nossos sonhos, lutando cada batalha ao meu lado. Para você, meu tudo.

Aos nossos cães, Fran e Niko, que insistentemente ficaram aos meus pés para completarmos este trabalho. São mesmo os melhores amigos do homem.

Para todos, e aos demais que se aventurarem na leitura deste trabalho, deixo minha enorme gratidão, esperando ter conseguido apresentar uma boa dissertação da regulação econômica do saneamento brasileiro após o advento do Novo Marco Regulatório, promulgado em 2020.

RESUMO

Sob a perspectiva jurídica, este trabalho estuda a regulação econômica das atividades de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Para tanto, busca-se descrever os pormenores do histórico do setor, seu contorno jurídico, e as noções da daquilo que tratar-se-á como regulação de econômica. A partir destas noções, segue-se com estudo do regime jurídico da regulação, refletido pela obrigação de se preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de delegação material dos serviços públicos, a necessidade de se observar a modicidade tarifária e o objetivo de propiciar a eficiência na prestação das respectivas comodidades e utilidades aos usuários. É sobre esta ótica que o trabalho investiga o tratamento regulatório conferido pela Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, assim como pelo advento daquilo que vem se chamando de Novo Marco Regulatório, promulgado pela Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Utiliza-se de análise da literatura especializada e jurisprudência nacional para (re)avaliar os impactos da legislação setorial na regulação de preços de água e esgoto. Ao final, espera-se demonstrar ao leitor uma visão sistematizada dos principais institutos jurídicos da regulação econômica e dos debates que os circundam, inclusive daqueles provenientes de impactos diretos ou indiretos da nova legislação setorial.

Palavras-Chave: Serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Delegação de serviços públicos. Regulação econômica. Equilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT

Under a legal perspective, this research will study the economic regulation regarding both water distribution and public sanitation. The work herein aims at describing the recent history of the sector regulation, its legal framework, and the guidelines of the object to be analyzed, encompassing the economic regulation. Based on these notions, the analysis moves forward to the legal regime for the economic regulation, which reflects the provision to preserve the economic and financial balance of the concession agreements regarding these public services, additionally to comply with accessible tariffs for users and the incentive to foster efficiency in the deliverables of the economic activities within water and sanitation. Upon such premises, it is analyzed Brazilian Federal Law No. 11,44/2007 and the new Regulatory Framework of Water and Sanitation, enforced by Brazilian Federal Law No. 14,026/2020. The study is conducted according to the assessment of both specialized literature and judicial case-law. At the end, it is expected to demonstrate a systemized overview of the main legal aspects of the economic regulation in the water and sanitation sector, as well as its' debates, including those discussions raising directly or indirectly from the new legislation.

Keywords: Water and sanitation. Granting public services. Economic regulation. Financial and economic balance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 NOÇÕES PRELIMINARES DO SANEAMENTO BÁSICO	10
1.1 Conceito jurídico-positivo de saneamento básico	10
1.1.1 Do saneamento básico como um serviço público.....	13
1.2 Breves noções das competências do saneamento básico.....	15
1.3 Da interface entre a política pública do saneamento e a sua regulação.....	23
1.4 Da interface do planejamento e a regulação no saneamento	27
1.5 Da interface da prestação dos serviços públicos e a regulação do saneamento...32	
2 DA HISTÓRIA RECENTE DE DISCUSSÃO REGULATÓRIA NO SANEAMENTO E SUA IMPORTÂNCIA	38
2.1 Conhecendo o passado próximo do Plano Nacional de Saneamento	38
2.2 Da promulgação da Lei Nacional de Saneamento Básico	41
2.3 Do advento do Novo Marco	45
3 NOÇÕES DA REGULAÇÃO ECONÔMICA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO.....	54
3.1 Da noção de regulação econômica	54
3.2 Do regime jurídico da regulação econômica do saneamento básico	59
3.3.1. A regulação econômica e o equilíbrio econômico-financeiro.....	63
3.3.2. A regulação econômica e a modicidade tarifária	65
3.3.3. A regulação econômica e a eficiência para prestação adequada dos serviços 67	
3.3 Questões econômicas inerentes à regulação do saneamento básico	68
4 OS REGULADORES DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO.....	78
4.1 As entidades de regulação no saneamento.....	78
4.1.1. Da delegação da função de regulação no Novo Marco.....	84
4.2 As novas competências da ANA diante do Novo Marco	87
4.2.1. Como funcionam as normas de referência da ANA?.....	88
4.2.2. Qual seria o mecanismo de <i>enforcement</i> das normas de referência da ANA? 90	
4.2.3. Qual seria o alcance de conteúdo das referidas “normas de referência”?	92
4.2.4. Haveria problemas advindos das “normas de referência” da ANA em face da autonomia das entidades de regulação?	94

5	DA REGULAÇÃO DE PREÇOS SOB A DIMENSÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA LNSB	97
5.1	Da cobrança pelos serviços de saneamento básico	98
5.1.1	Cobrança pela disponibilidade dos serviços no Novo Marco.....	103
5.2	Das subvenções e/ou subsídios	109
5.2.1	Os subsídios cruzados na prestação regionalizada do Novo Marco	111
5.3	Da interdependência de prestadores	115
5.4	Reajustes e revisões tarifárias	119
5.4.1	As revisões contratuais exigidas pelo Novo Marco para inclusão de metas de universalização	125
5.5	Regramento para Interrupção dos Serviços	129
5.6	Tratamento da indenização pelos investimentos realizados e não amortizados	133
6	DA DISCUSSÃO ENVOLVENDO DIFERENTES MODALIDADES DE REGULAÇÃO ECONÔMICA NO SAENAMENTO BÁSICO	136
6.1	Noção operacional das modalidades de regulação	136
6.2	Histórico conceitual das modalidades de regulação discricionária e por contrato	139
6.3	Das modalidades de regulação no saneamento básico.....	146
6.4	Do potencial acirramento de discussões das modalidades de regulação em função do tratamento das CESBs pelo Novo Marco	152
	CONCLUSÃO.....	159
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	178

LISTA DE SIGLAS

Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (“ABCON”)

Advocacia Geral da União (“AGU”)

Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (“ANA”)

Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (“ARSESP”)

Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”)

Caixa Econômica Federal (“CAIXA”)

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)

Companhias Estaduais de Saneamento Básico (“CESBs”)

Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (“CASAN”)

Companhia Estadual de Água e Esgotos do Rio de Janeiro (“CEDAE”)

Companhia de Saneamento do Alagoas (“CASAL”)

Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (“SABESP”)

Comitê Interministerial de Saneamento Básico (“CISB”)

Departamentos de Água e Esgoto (“DAE”)

Lei nº 13.089, de 2015 (“Estatuto das Metrôpoles”)

Estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira (“EVTE”)

Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (“FESP/SP”)

Lei nº 11.445, de 2007 (“LNSB”)

Novo Marco Regulatório, veiculado pela Lei nº 14.026, de 2020 (“Novo Marco”)

Ministério do Desenvolvimento Regional (“MDR”)

Plano Nacional de Saneamento (“PLANASA”)

Plano Nacional de Saneamento Básico (“PLANSAB”)

Parcerias público-privadas (“PPPs”)

Política Nacional de Resíduos Sólidos, veiculado pela Lei nº 12.305, de 2010 (“PNRS”)

Regiões Integradas de Desenvolvimento (“RIDEs”)

Serviços de Água ou Esgoto (“SAE”)

Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (“SNIS”)

Superior Tribunal de Justiça (“STJ”)

Supremo Tribunal Federal (“STF”)

Sistema Único de Saúde (“SUS”)

Tribunal de Contas da União (“TCU”)

INTRODUÇÃO

Este trabalho irá analisar os contornos jurídicos aplicáveis aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, integrantes do conceito jurídico-positivo dos serviços públicos de saneamento básico¹. Para fins didáticos e metodológicos, trabalhar-se-á as palavras “saneamento” e “saneamento básico” como sinônimos que abrangem exclusivamente os serviços de água e esgoto.

Mais especificamente, este trabalho buscará investigar a regulação econômica destes serviços, isto é, esta dissertação irá avaliar os principais debates e discussões jurídicas envolvendo a parte da regulação estatal que objetiva equalizar os valores cobrados para prestação material de serviços públicos, seja para permitir a manutenção de condições econômico-financeiras para prestação adequada dos serviços², seja assegurar a modicidade tarifária e a eficiência na organização material do fornecimento adequado de utilidades e comodidades aos usuários. Destaca-se que serão utilizados os termos “regulação econômica” e “regulação de preços” como sinônimos neste trabalho.

A dissertação segue método de pesquisa dedutivo, lastreado em análise da legislação, da jurisprudência e da literatura especializada, buscando ser guiada por inclinações de aplicação prática do Direito. O objetivo é, ao final, responder ao seguinte questionamento: Qual é o regime jurídico da regulação econômica, seus principais institutos e debates atuais para aplicação no saneamento básico?

O prisma de análise da regulação econômica dos serviços será os diferentes arranjos de institutos jurídicos aplicados para organizar a prestação material dos serviços de água e esgoto, ponderando os desdobramentos das alterações advindas com a promulgação do chamado Novo Marco, promulgado pela Lei nº 14.026, de 2020.

Existem inúmeros debates e discussões em andamento no âmbito da aplicação da legislação de saneamento básico em campos da regulação econômica, citando-se como exemplo o exercício da competência outorgada à ANA para expedição das “normas de referência” voltadas a uniformização nacional da regulação do setor; o resultado do

¹ A legislação de saneamento básico, lastreada na Lei nº 11.445, de 2007, inclui outros serviços como integrantes do conceito de saneamento básico para fins do Direito brasileiro, p.ex., envolvendo os serviços de coleta, manejo e destinação final de resíduos sólidos, assim como de drenagem das águas pluviais urbanas. Embora relevantes, esta dissertação não irá abordar estes outros serviços, focando esforços na análise das atividades de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

² Cf., p.ex., §1º do art. 6º da Lei nº 8.987, de 1995.

juízo, pelo STF, de diversas ações judiciais que questionavam a constitucionalidade do Novo Marco, sobretudo a opção de se vedar as contratações de programa junto das CESBs (v.g. ADIns 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882³); ou mesmo a pendência de julgamento de ação judicial que busca discutir o tratamento previsto para se manterem vigentes os contratos de programa que sejam tidos como regulares pelas entidades de regulação (MS 38.226⁴).

Por meio de análise da legislação aplicável ao saneamento, sua regulamentação, dos debates jurisprudenciais e acadêmicos em curso, este estudo objetiva lançar visão sistemática do arranjo jurídico e da regulação de preços dos serviços de água e esgoto.

A dissertação objetiva esclarecer premissas de análise nos primeiros dois capítulos, contextualizando a evolução da regulação econômica do saneamento básico ao longo do passado recente, bem como trazendo elementos jurídicos de organização dos referidos serviços públicos que implicam na regulação dos preços praticados pelos operadores, e que são supervisionados pelos reguladores.

É com base nestes institutos que os reguladores atuam para normatizar as particularidades de cada prestação material dos serviços, buscando equilibrar o seu equilíbrio econômico-financeiro (sustentável) ao passo que também perseguem a eficiência e a modicidade tarifária.

A partir deste conhecimento, indaga-se exatamente sobre qual seria o regime jurídico da regulação econômica do setor de água e esgoto e quem seria responsável por aplicá-la. Este detalhamento é dado nos Capítulos 3 e 4, ocupando-se, adicionalmente, de introduzir as inovações do Novo Marco sempre que impactarem direta ou indiretamente o exercício da função regulatória de preços. Por exemplo, no Capítulo 4 será problematizada referida competência da ANA para dispor de “normas de referência” para o setor de saneamento básico.

Ato subsequente, analisar-se-á no Capítulo 5 os principais institutos jurídicos que a legislação brasileira traz para a regulação econômica, focando em investigar as formas

³ Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.492, 6.583, 6.536 e 6.882, propostas respectivamente pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), assim como pela Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento (ASSEMAE), pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Socialista Brasileiro (PSB), e pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE).

⁴ Mandado de Segurança nº 38.226 impetrado pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE) em face de dispositivos do Decreto nº 10.710, de 2021, cujo conteúdo regulamenta normativos do Novo Marco.

de cobrança pela realização dos serviços públicos, incluindo sua disponibilidade; avaliar a polêmica de subsídios dos serviços de saneamento; o tratamento regulatório exigido em lei para a interdependência de diferentes prestadores; as situações de reajuste e revisão tarifária; os regramentos para interrupção dos serviços de água e esgoto; e, ainda, o tratamento jurídico dispendido para indenizações provenientes de investimentos realizados em bens não amortizados ao longo de contratos de delegação.

Por fim, a compreensão da regulação econômica passa pela demonstração da coexistência no saneamento básico de dois tipos distintos de modalidades de regulação, que tem levado a debates acirrados entre agentes públicos e privados.

O foco da análise destas modalidades é o equilíbrio econômico-financeiro tutelado pela regulação de preços, demonstrando-se existir uma modalidade que opera as tarifas preponderantemente de forma contratual, com origem francesa, enquanto a outra modalidade atuaria preponderantemente de modo discricionário (ou seja, determinada pelo modelo de agência), com origem norte americana.

Estes modelos seriam opções regulatórias que podem convergir ou divergir em diferentes momentos da prestação material dos serviços, adotadas em outros setores de infraestrutura, como, por exemplo, rodoviário (com regulação preponderante contratual) e de distribuição de gás natural e energia elétrica (com regulação preponderante discricionária).

No saneamento, os modelos de regulação parecem ter se formado entorno da natureza jurídica do regime de delegação dos serviços, o que tem gerado disputas por essa ou aquela modalidade regulatória quando do trepasse dos serviços públicos. O fim dos contratos de programa pelo Novo Marco parece servir para intensificar este debate, que será observado nas próximas concessões.

Por fim, há tópico conclusivo, resumindo os principais achados da pesquisa, mediante narrativa direta. Sugere-se então uma visão sistemática dos principais aspectos jurídicos da regulação econômica no saneamento básico, a ser implementada pelo regulador, sempre de forma a aplicar a garantia da manutenção da equação econômico-financeira, pleitear a modicidade tarifária, ou arguir pela aplicação do princípio da eficiência para comandar a prestação adequada dos serviços públicos de água e esgoto.

1 NOÇÕES PRELIMINARES DO SANEAMENTO BÁSICO

1.1 Conceito jurídico-positivo de saneamento básico

O conceito de saneamento básico foi alterado na legislação algumas vezes:

Na década de 70, os serviços de saneamento básico somente abrangiam, por força do Decreto nº 82.587, de 1978, “*os sistemas de abastecimento de água definidos como conjunto de obras, instalações e equipamentos, que têm por finalidade captar, aduzir, tratar e distribuir água*”, assim como os “*sistemas de esgotos, definidos como o conjunto de obras, instalações e equipamentos, que têm por finalidade coletar, transportar e dar destino final adequado às águas residuárias ou servidas*”. Ou seja, no passado, o Direito positivo descrevia o saneamento exclusivamente por meio das atividades componentes da indústria de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Nesse período a legislação brasileira já distinguia os serviços de saneamento básico daqueles envolvendo a gestão dos recursos hídricos, cuja regulação era baseada no Código das Águas (Decreto nº 24.643, de 1934). Esta segregação permanece até os dias de hoje⁵, embora haja expressa determinação legal para articulação das políticas hídricas em face daquelas determinadas para o saneamento⁶.

O legislador não poderia deixar um ou outro desguarnecido, visto que a política de recursos hídricos fornece insumo produtivo para a indústria de abastecimento de água, enquanto o esgotamento sanitário auxilia no controle sanitário do lançamento de efluentes nos corpos d’água, impactando diretamente a política de manutenção equilibrada dos recursos hídricos.

A promulgação da Constituição de 1988 não alterou esse cenário jurídico-positivo, dado que a norma constitucional não chega a destrinchar o conceito de saneamento básico, tampouco aglutinar os serviços de saneamento com aqueles da gestão dos recursos hídricos. Pouco se fala sobre o saneamento básico na Constituição, focando tão somente na competência da União de dispor sobre suas diretrizes e na interface do saneamento com outros bens jurídicos tutelados pela norma constitucional, sobretudo no

⁵ Cf. *caput* do art. 4º, da LNSB, *in verbis*: “Os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico”.

⁶ Ver, por exemplo, art. 2º, incisos VI e XII, da LNSB.

campo da saúde e habitação (ver art. 21, inciso XX; art. 23, inciso IX; e art. 200, inciso IV), assim como na competência comum do tema entre os entes políticos da federação brasileira.

O legislador constitucional outorgou ao legislador infraconstitucional a prerrogativa de definir o conceito de saneamento básico no ordenamento jurídico brasileiro. E acabou que essa tarefa coube à União no exercício de sua competência para editar diretrizes aos serviços de saneamento básico.

O tema do saneamento reaparece na legislação federal por meio da Lei nº 9.074, de 1995, cujo art. 2º, aparentemente, segrega os serviços de saneamento daqueles envolvendo a limpeza urbana⁷.

Por conta desta segregação e do histórico acima, houve aqueles que separavam os conceitos de saneamento básico e saneamento ambiental. Floriano de Azevedo Marques Neto explica essa dicotomia⁸. Segundo o autor, o saneamento ambiental seria gênero do qual saneamento básico operava como espécie. Isto é, o saneamento básico estaria restrito aos serviços de água e esgoto, ao passo que o saneamento ambiental incorporaria estes serviços e mais aqueles ligados a toda cadeia de limpeza e drenagem urbana.

O assunto foi posteriormente pacificado por meio da LNSB, que positivou a definição dos serviços de saneamento básico, englobando os serviços de água, esgoto, limpeza urbana, manejo e destinação de resíduos sólidos, bem como os serviços de drenagem e manejo das águas pluviais urbanas⁹. A redação da LNSB ainda detalhava as atividades de toda a cadeia do saneamento, deixando claro estar incluso no conceito as atividades de captação, adução, tratamento, distribuição, destinação final.

⁷ Art. 2º - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público privadas**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 305-306.

⁹ Vale citar o seguinte trabalho, para maiores informações sobre o conceito de saneamento básico: FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: conceito jurídico e serviços públicos. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/325/edicao-1/saneamento-basico:-conceito-juridico-e-servicos-publicos>. Acesso em: 12 agosto 2021.

Apesar de divergir sobre a inclusão das atividades de limpeza urbana no escopo do conceito de saneamento básico, Marçal Justen Filho¹⁰ parece entender adequada uma acepção ampla dos serviços de saneamento, haja vista o saneamento básico comportar “*diversas facetas, compreendendo tanto atuações privadas como atividades reservadas ao Estado*”. Como complemento, o autor ainda propõe que a multiplicidade de atividades do saneamento seria tamanha que não seria possível outorgar um conceito unitário de saneamento, sendo necessário algo mais amplo e flexível, já que seria preciso aludir a integralidade da cadeia de uma pluralidade de serviços, o que inclui, por exemplo, a “*captação, transporte, tratamento e distribuição de água, à coleta, interceptação, transporte, tratamento e destinação final, inclusive eventual reuso de dejetos líquidos, à coleta, transporte e processamento de dejetos sólidos, e assim por diante*”.

A linha de pensamento seguida pela LNSB também aparenta ser corroborada pelas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹, para quem a definição legal permitiria maior atuação (e controle) estatal sobre “*rol amplo de atividades ligadas aos cuidados ambientais de dejetos (sólidos ou não, decorrentes de atividades humanas ou advindos dos eventos pluviais)*”.

Na visão deste autor, o motivo de toda a discussão terminológica não parece ter fim que não aquele de ampliar ou restringir o campo temático das diretrizes que incumbe à União editar por força da Constituição¹². Se mais amplo o conceito, maiores seriam os poderes da União para ditar diretrizes a serviços públicos locais ou regionais.

A definição dos serviços na legislação igualmente detém o mérito de definir quais seriam as responsabilidades do Estado na organização da política pública de saneamento básico, dado que a pluralidade dos serviços de saneamento permite ações materiais que vão além do conceito de serviço público.

¹⁰ FILHO, Marçal Justen. Parecer sobre o Projeto de Lei 5.296, de 2005, sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília, v. 7, n° 72, maio, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista?Rev_72/index.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público privadas**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 305-306.

¹² Não por outra razão, após a publicação da LNSB, a União também impôs maiores regramentos aos serviços de manejo e destinação de resíduos sólidos, promulgando a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n° 12.305, de 2010), cujos dispositivos detalham as obrigações ligadas à gestão dos referidos resíduos – e, na prática, impõe obrigações aos municípios, titulares, em regra, dos referidos serviços de gestão dos resíduos sólidos. É dizer, sob uma perspectiva de análise política, sugere-se que a União ampliou sua esfera de influência nestes serviços que são principalmente competência dos municípios.

1.1.1 Do saneamento básico como um serviço público

Entende-se pertinente contornar o tema dos serviços públicos e a classificação do saneamento básico como espécie destes serviços para fins da legislação nacional, atraindo regime jurídico de direito público que tanto impactará na regulação econômica da atividade. O objetivo deste trecho do trabalho não é perquirir exaustivamente a noção de serviço público, tampouco aprofundar nas discussões doutrinárias sobre o assunto¹³. A ideia é trazer breves apontamentos sobre o conceito, permitindo a formulação de uma definição operacional para fins de delimitar a regulação econômica destas atividades.

E de largada cumpre esclarecer que não há definição legal daquilo que seriam os serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴. Essa opção legislativa deu azo à coexistência de diversas opiniões divergentes sobre o que poderia ser classificado como serviço público ou mesmo quais seriam suas características imutáveis.

A literatura especializada fixou critérios para identificar a classificação dos serviços públicos, cujas noções ora avaliam questões históricas, ora analisam questões materiais e de essencialidade dos serviços, ora focam na divisibilidade e especificidade das atividades econômicas, ora, alternativa ou complementarmente, focam nos aspectos formais que o Direito prescreve para certas atividades (seu regime jurídico)¹⁵.

A fixação de critérios para classificação dos serviços públicos é relevante para estudos sobre o tema, mas parece perder impacto no estudo proposto. E isso porque os serviços de saneamento básico, sobretudo aqueles de abastecimento de água, esgotamento sanitário e manejo de resíduos sólidos, são historicamente tidos como serviços públicos (ao menos se considerarmos a história recente do Brasil)¹⁶, compreendendo atividades

¹³ Para mais informações sobre este tema recomenda-se GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2033; e DAL POZZO, Augusto Neves. Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro. **Coleção Temas do Direito Administrativo**, nº 32, Rio de Janeiro: Ed. Malheiros, 2012.

¹⁴ A título de exemplo, embora haja menções expressas sobre os serviços públicos na Constituição de 1988 (v.g. art. 175 e art. 21, inciso X), inexistente conceito constitucional daquilo que constituiria os contornos dos serviços públicos.

¹⁵ Cf. p.ex. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 678-689; e GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros: 2006, p. 134-135.

¹⁶ Ver, nesse sentido, CARVALHO, Vinicius Marques. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Quartier Latin: 2001, p.100-133.

essenciais¹⁷, e estando formalmente, conforme previsão da LNSB¹⁸, caracterizados como serviços públicos para todos os fins do ordenamento jurídico brasileiro. E frise-se: a LNSB permite cobrança pela mera disponibilidade dos serviços de saneamento, mas o considera serviço público.

Os julgados sobre os serviços públicos de água e esgoto não colocam em dúvida a natureza de serviço público das atividades de saneamento básico, reconhecendo a definição prescrita em lei. Com efeito, não parece haver dúvida sob a ótica jurídica de que os serviços de saneamento básico devem ser classificados como serviços públicos.

Por outro lado, isso não quer dizer que todas as atividades econômicas integrantes da cadeia dos serviços de saneamento básico precisamente seriam consideradas serviços públicos sob todos os critérios. Nas palavras de Jacintho Arruda Câmara¹⁹, “*a condição de serviço público é marcada necessariamente por uma opção legislativa. Atividades econômicas são transformadas em serviços públicos porque o legislador (constitucional ou ordinário) assim determinou. Em caminho inverso, também por decisão legislativa, é possível que certa atividade passe por um processo de despublicização, deixando de ser considerada serviço público e assuma, de outro modo, tratamento de atividade econômica em sentido estrito*”.

A LNSB trata da conceituação dos serviços públicos de saneamento básico em seus artigos 3º-A ao art. 7º, pormenorizando as atividades que compõem cada qual destes serviços, bem como excluindo algumas atividades deste rol. Somente aquelas atividades e serviços descritos nestes dispositivos ficam a cargo do Poder Público e estão sujeitos ao regime de direito público, podendo ter suas atividades materiais delegadas aos particulares por força do art. 175 da Constituição Federal, mediante instrumentos concessórios. E somente sobre estas atividades influi a regulação econômica objeto deste trabalho.

Para as atividades particulares, o poder estatal reserva as funções de polícia e fiscalização, buscando ordenar a atuação privada. Exemplos deste cenário estão no art. 5º da LNSB, que mantém sob o regime privado a implantação de soluções individuais para

¹⁷ Vide prescrição do art. 10, incisos I e VI da Lei nº 7.783, de 1989.

¹⁸ Cf. caput do art. 2º da LNSB, *in verbis*: “Art. 2º - Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais”. (grifo nosso)

¹⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda. Regimes Tarifários e instrumentos regulatórios de intervenção em preços. *In: Direito da Infraestrutura*. vol. 2. PEREIRA NETO, Caio Mario da; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim Pinheiro (coords.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 241.

o saneamento, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços, também alocando ao regime privado as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade exclusivamente particular, como, por exemplo, os serviços industriais isolados de tratamento de água.

Muito embora esteja pendente de adequações em face das inovações do Novo Marco, o Decreto nº 7.217, de 2010, responsável por regulamentar a LNSB, traz explicação didática dos preceitos legais acerca daquilo que não comporiam os serviços públicos de saneamento básico (*cf.* § 1º do art. 2º)²⁰, ratificando as informações prescritas na LNSB.

Pode-se observar, portanto, que a LNSB detém amplo regramento daquilo que seria objeto dos serviços públicos de saneamento (e, portanto, objeto deste trabalho), havendo ocasiões excepcionais que foram retiradas das atribuições do Poder Público, e não constituem serviços públicos. São elas: as soluções individuais de particulares que não dependam de terceiros para operar os serviços.

Isso não afasta a noção de que, como regra, as atividades que integram os serviços de saneamento básico, sobretudo aqueles de trato urbano e domiciliar, sejam tidas como serviços públicos e carreguem toda carga do regime jurídico correspondente. E é sobre as atividades que são consideradas em lei como serviços públicos de saneamento básico que há responsabilidade do Poder Concedente organizar o oferecimento de comodidades e utilidades do saneamento, observados os princípios de direito público (*v.g.* cordialidade, universalização, continuidade, sustentabilidade econômico-financeira, eficiência, modicidade tarifária etc.). Estas são as atividades objeto da regulação econômica, cujo contorno se ocupa o presente estudo.

1.2 Breves noções das competências do saneamento básico

²⁰ Art. 2º [...] § 1º Não constituem serviço público: I - as ações de saneamento executadas por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços; e II - as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador. § 2º Ficam excetuadas do disposto no § 1º: I - a solução que atenda a condomínios ou localidades de pequeno porte, na forma prevista no § 1º do art. 10, da Lei nº 11.445, de 2007; e II - a fossa séptica e outras soluções individuais de esgotamento sanitário, quando se atribua ao Poder Público a responsabilidade por sua operação, controle ou disciplina, nos termos de norma específica.

Como o saneamento básico é definido por lei como um serviço público e, conseqüentemente, caracterizado como atribuição do Estado, entende-se fundamental compreender a distribuição de competências destes serviços para fins de evoluir na análise da sua regulação econômica. A pergunta a ser respondida neste tópico é: de quem seria a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico?

A resposta desta pergunta passa por esclarecer que a “titularidade” corresponde à competência jurídica, dever-poder da Administração, de normatizar e organizar o oferecimento material dos serviços públicos de saneamento básico, incluindo as funções de elaboração da política pública, seu planejamento, organização dos serviços e seus agentes, sua fiscalização, regulação e prestação material. Trata-se, portanto, de elemento estruturante de um serviço público, refletido em competência jurídica para sua prestação adequada aos usuários.

Muitos autores buscaram analisar as competências ligadas aos serviços públicos de saneamento básico em face da Constituição Federal de 1988, com objetivo não só de identificar a sua titularidade, como também investigar quaisquer outras competências que influenciem na sua prestação aos usuários²¹. Mas é fato que a Constituição Federal expressamente se refere ao saneamento básico em poucas ocasiões. Cabe ao intérprete extrair as competências ligadas a titularidade destes serviços.

Por exemplo, há menção expressa nas competências da União para dispor de diretrizes à prestação dos serviços de saneamento básico (art. 21, inciso XXI), havendo, também, competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para “*promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*” (art. 23, inciso IX), com previsão de integração

²¹ Para citarmos alguns exemplos: BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – ReDAE*. nº 11. agosto/setembro – 2007 – Salvador – Bahia. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 02 mar. 2021; FILHO, Marçal Justen. Parecer sobre a minuta do anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico. *Revista Jurídica da Presidência*, em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj>. Acesso em: 5 fev. 2021; XAVIER, Eduardo. Saneamento básico – Uma questão de cooperação federativa. *In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes; GRAZIANO, Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coords.). Saneamento básico: Temas fundamentais, propostas e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; BERCOVICI, Gilberto. Saneamento básico e federalismo: serviço público e competências comuns. *In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes; GRAZIANO, Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coords.). Saneamento básico: Temas fundamentais, propostas e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; e CAMAROSANO, Márcio. A divisão constitucional de competências e a cooperação federativa na prestação de serviços municipais de saneamento básico. *In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.) et al. Tratado sobre o Marco Regulatório do Saneamento Básico no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017.

do saneamento básico em face do SUS, dado que a esse sistema competiria participar na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, inciso IV). Em paralelo, parece inegável a relação do saneamento com as políticas de meio ambiente, sob responsabilidade comum de todos os entes federados (art. 23, inc. VI).

Não há previsão constitucional de que os serviços de saneamento básico sejam de titularidade da União, como ocorre com outros serviços listados no art. 21. Pela Constituição, a União tão somente detém competências para dispor de diretrizes para o setor de saneamento básico, o que o faz mediante atividade normativa (como, por exemplo, pela edição da LNSB). Adicionalmente – e não menos importante –, a União influencia no saneamento dispondo das normas gerais de contratação pública, principalmente naquilo que tange aos contornos de clausulado mínimo de contratos de concessão, ou mesmo das regras envolvendo os contratos de programa (art. 22, inc. XXVII c.c. art. 241).

A inclusão do saneamento no art. 23, por outro lado, deixa claro o regime de competência comum dos entes federados para apoiar suas atividades, em cooperação com o titular dos serviços. É dizer, a interface do saneamento de políticas públicas como o SUS, meio ambiente e a gestão de recursos hídricos exige cooperação de todos os entes federados, motivo pelo qual todos devem atuar de forma a beneficiar o saneamento básico em favor dos seus usuários.

Há diversos entendimentos de que o papel da União para editar diretrizes ao saneamento básico deve ser realizado por meio da promulgação de “diretrizes gerais” sobre os determinados aspectos dos serviços, sem mencionar na formulação de uma política federal para fomentar a prestação adequada e universal dos serviços públicos de saneamento. Até por conta disso que a LNSB não detém somente dispositivos aplicáveis para os titulares dos serviços, como também uma política nacional de saneamento básico, com dispositivos que expressamente são direcionados ao governo federal, buscando coordenar ações federais.

É o caso, por exemplo, da exigência de que o governo federal elabore o PLANSAB, bem como da instituição do CISB²² para coordenar as políticas federais para o setor. Todas essas medidas devem servir para organizar o papel de cooperação do governo federal em face dos titulares dos serviços de saneamento básico.

²² O CISB foi uma criação do Novo Marco, desenvolvido a partir do Decreto nº 10.430, de 2020.

Por seu turno, a questão da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico comporta inúmeros outros debates na jurisprudência²³ e na literatura jurídica²⁴.

Já se teve oportunidade de dissertar sobre o tema da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico em estudo específico²⁵. Na ocasião, esclareceu-se que a jurisprudência ratificou leitura jurídica de que a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico compete aos municípios, haja vista o entendimento de tais atividades se caracterizam predominantemente como serviços de interesse local (art. 30, inciso I e V da Constituição), tal qual ocorre, por exemplo, com os serviços de transporte coletivo urbano de passageiros.

No entanto, nos casos em que a titularidade dos serviços abarca interesses predominantemente de caráter comum, isto é, de interesse de mais de um ente político, estar-se-á diante de situação que demanda, no entender do STF, o exercício compartilhado da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico. Ou seja, os municípios seguem sendo titulares dos serviços, mas precisam exercer sua titularidade de forma compartilhada com outros entes federados.

É o caso das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, as quais, sob a competência legislativa do respectivo estado federado, podem ser instituídas em face de municípios limítrofes, por meio de lei complementar, com o objetivo de *“integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse*

²³ Basta ver, por exemplo, as análises do exercício da titularidade dos aludidos serviços pelo STF nas ADIns 1.842, 2.077, 4.028, 5.155, 6.339 e 6.573. Algumas destas ações já foram julgadas enquanto outras seguem pendente de avaliação pela Corte.

²⁴ Cita-se também como exemplo: VASQUES, Denise. A titularidade dos serviços de saneamento básico em debate no Supremo Tribunal Federal. *In*: Carolina Mota (coord.). **Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010; CARVALHO, Vinicius Marques. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010; MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves *et al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017; GIAMUNDO NETO, Giuseppe. A titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: estudo de caso dos municípios integrantes da região metropolitana de Belo Horizonte à luz do julgamento da ADI nº 1.842/RJ pelo STF. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves *et al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017; RIBEIRO, Wladimir Antônio; e GUIMARÃES, Raquel Lamblogia. Região Metropolitana e Competência Municipal. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves *et al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017; MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal 14.026/2020. *In*: Coord. DAL POZZO, Augusto Neves. **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2020; e OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas. A titularidade dos serviços de saneamento básico na Lei de Atualização do Marco Legal do Saneamento Básico. *In*: OLIVEIRA, Carlos Roberto (coord.) *et al.* **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021.

²⁵ GALLACCI, Fernando Bernardi. Reflexões acerca das disputas jurídicas envolvendo o setor de saneamento básico. *In*: **REDAC**, vol. 21, nov.-dez., 2015.

comum” (cf. art. 25, § 3º da Constituição)²⁶. Nestas ocasiões a titularidade municipal sobre os serviços de saneamento básico precisa ser exercida de modo compartilhado com os demais municípios integrantes da região, bem como com participação do estado federado que instituiu e integra o arranjo metropolitano²⁷.

Embora a adesão aos agrupamentos regionais do art. 25, § 3º da Constituição seja compulsória na visão do STF²⁸, é curioso notar que não existe fórmula universal para organizar a governança dos arranjos metropolitanos²⁹. Apesar de existirem diretrizes fixadas pelo Estatuto das Metrôpoles, há liberdade para os entes federados organizarem o compartilhamento do exercício da titularidade sobre os serviços de saneamento básico, devendo observar a necessária aderência das competências de cada ente da federação, assim como respeitar os impactos de um serviço sobre o território do outro, sempre preservando a autonomia municipal.

Pela Constituição, então, aos estados federados cabe organizar, em regra, as situações em que o interesse comum se sobrepõe ao interesse local, atuando para cooperar com os municípios de forma semelhante àquela prevista para a União, com o objetivo de fomentar o alcance de índices adequados da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, sobretudo de universalização. Os benefícios auferidos com o

²⁶ Especificamente sobre o tema das regiões metropolitanas, também recomenda-se a leitura de SERRANO, Pedro Estevam Alvez Pinto. **Região metropolitana e seu regime constitucional**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009.

²⁷ O Novo Marco positivou algumas alterações na leitura da regionalização do saneamento básico, cujos normativos, no entanto, não detêm o condão de mudar o texto constitucional, embora estejam gerando discussões próprias, como a suposta transformação dos estados federados em titulares dos serviços públicos quando da sua inclusão em regiões metropolitanas (vide p.ex. leitura literal do art. 8, inc. II da LNSB, sob redação dada pelo Novo Marco). Particularmente, não parece razoável esta leitura enviesada e demasiadamente literal. A titularidade dos serviços é, como dito anteriormente, municipal. Os municípios ainda detêm essa titularidade quando inseridos em regiões metropolitanas. O que muda é o exercício desta titularidade, que passa a ter que se coadunar com uma abordagem regional, mediante o seu exercício compartilhado com os demais integrantes da região, dentre os quais estão por vezes os estados federados. Isso é bem diferente de afirmar que parte da competência dos serviços deixa de ser municipal para pertencer aos estados federados pela simples instituição de região metropolitana, aglomeração urbana e/ou microrregião.

²⁸ Cf. ADIns 796, 1.841 e 2.809.

²⁹ O assunto da governança metropolitana está sob discussão no STF por meio do julgamento, por exemplo, das seguintes ações: ADIns 5.155, 6.339 e 6.573. Nestes processos judiciais são discutidas diferentes estruturas de governança das regiões metropolitanas e microrregiões, incluindo, por exemplo, a distribuição dos poderes de voto de cada ente federado para deliberação colegiada da região, presidência do conselho metropolitano, e os poderes para estruturar o regimento interno do arranjo regional.

saneamento devem apoiar outras políticas públicas estaduais nos campos de recursos hídricos, proteção ao meio ambiente, controle sanitário e saúde³⁰.

De acordo com o Novo Marco, os estados também poderiam criar, mediante lei ordinária, as chamadas unidades regionais de saneamento básico. Na omissão de os estados federados instituírem agrupamentos formais para regionalização dos serviços, a União poderá fazê-lo mediante instrumentos próprios, instituindo Blocos de Referência, os quais não precisam agrupar necessariamente municípios limítrofes. Basta que haja interdependência econômica e/ou técnica. E mais que isso: a União também pode instituir as RIDEs, para, por meio de lei complementar, criar complexos geoeconômicos e sociais, observado o disposto no art. 43 da Constituição Federal. Estas duas formas de regionalização, todavia, dependem de adesão voluntária das titularidades, não podendo ser impostas aos municípios como ocorre nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

A adesão voluntária de entes federados para conjuntamente realizar a gestão associada de serviços públicos é a razão pela qual pode-se afirmar que os estados federados não detêm o monopólio da regionalização. Afinal, a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, alterou (em verdade, substituiu integralmente) a redação do art. 241 da Carta Magna, para tratar das situações nas quais os titulares de determinados serviços públicos podem, voluntariamente, cooperar entre si, atuando de forma regionalizada. Fala-se aqui dos casos envolvendo a gestão associada de serviços públicos, a qual pode ser formalizada mediante consórcios públicos ou convênios de cooperação³¹. Para estas situações haveria maior liberdade para que, dentro dos parâmetros legais, os entes federados organizem a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico.

Trata-se de outra hipótese para organização de interesses locais/comuns, mas fundada sob a vontade dos municípios, sem intervenção necessária dos estados federados no campo da regionalização.

³⁰ A disputa que por vezes é vislumbrada entre os municípios e os estados está sobremaneira calcada na herança do PLANASA, visto que praticamente todos os estados da federação detêm CESBs, com importante cobertura dos serviços públicos de saneamento básico nos seus respectivos territórios. É uma questão de interesses econômicos e políticos, uma disputa pela verdadeira titularidade dos serviços.

³¹ A legislação de consórcios públicos e convênios de cooperação encontra-se na Lei nº 11.107, de 2005, regulada pelo Decreto nº 6.017, de 2007. Sobre os detalhes de cada arranjo sugere-se o nosso GALLACCI, Fernando Bernardi; SANTOS, Rodrigo Machado Moreira; e LOHBAUER, Rosane Meira de Menezes. Formas de parcerias para viabilizar a implantação de aterros sanitários. *In: Revista dos Tribunais*, 2017, vol. 976, fev., 2017.

Toda essa sistemática de atribuição de competências e cooperação pode ser observada no Novo Marco, que resumiu o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico em seu art. 8º. Todavia, o dispositivo traz algumas impropriedades que podem dificultar a leitura jurídica descrita, por exemplo, sugerindo (segundo algumas interpretações) que a gestão associada dos serviços somente possa ser feita por consórcios intermunicipais, exclusivamente compostos por municípios (cf. § 1º); ou que os estados passariam a ser verdadeiros titulares dos serviços de saneamento básico quando da organização de regiões metropolitanas (vide inc. II) – o que, ao fim e ao cabo, poderia permitir interpretação de que o estado federado contratasse diretamente as CESBs, pois esta situação configuraria prestação direta, e não gestão associada via contrato de programa.

Entende-se que a redação do art. 8º do Novo Marco deve ser analisada com cautela pelo intérprete, pois a norma não pode restringir a leitura constitucional anteriormente descrita, tampouco tem o condão de alterar a jurisprudência do STF.

Para se ater aos exemplos acima, isso quer dizer que a redação do dispositivo não parece afastar a adoção de outros tipos de consórcios públicos ou convênios de cooperação para organizar a prestação dos serviços de água e esgoto quando de gestão associada. E isso porque, a simples omissão de se estruturarem consórcios públicos entre municípios e estados não deveria afastar essa possibilidade jurídica, que está positivada no art. 241 da Constituição Federal.

De outro lado, também não parece razoável (ou constitucional) entender que o estado federado recebe a titularidade dos serviços de água e esgoto quando da formação de regiões metropolitanas. Como adiantado, a titularidade é (e sempre será) municipal para prestar os serviços de saneamento básico. O que muda nas regiões metropolitanas é a forma do exercício desta competência, que passa ser de forma compartilhada para atender ao interesse comum. Não poderá lei ordinária federal dispor de avocação de competência pelos estados, ainda que seja parcial. Impróprio seria buscar construir uma hipótese de prestação direta das CESBs argumentando que o estado federado passaria a receber parcela de competência municipal e, portanto, seria titular do saneamento.

Diante do exposto, entende-se possível resumir as competências constitucionais sobre o saneamento básico da seguinte forma:

- I. Cabe à União ditar diretrizes para os serviços de saneamento básico, devendo atuar paralelamente com políticas federais para cooperar com os titulares dos serviços fomentando a sua prestação adequada e universal.
- II. Cabe aos municípios o exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, o que deve, em regra, ser realizado de forma isolada quando os serviços forem de interesse predominantemente local.
- III. Os estados federados devem cooperar com os municípios na prestação dos serviços públicos de saneamento básico, podendo instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e/ou microrregiões, nos termos da Constituição, quando observada a predominância de interesse comum dos serviços públicos de saneamento básico. O Novo Marco ainda permitiu aos estados federados criarem as unidades regionais de saneamento, de adesão voluntária.
- IV. A prerrogativa regional dos estados federados, não afasta a prerrogativa de a União fomentar arranjos regionais, ou mesmo de os municípios pactuarem arranjos para gestão associada de serviços públicos de saneamento básico por meio de consórcios públicos e/ou convênios de cooperação, hipótese na qual voluntariamente podem dispor, dentro da legislação, dos detalhes da prestação dos serviços públicos.
- V. Todos os entes federados detêm competência comum sobre o saneamento, devendo envidar esforços para melhoria dos serviços, em colaboração com seus titulares municipais.
- VI. As disposições do Novo Marco sobre o exercício da titularidade do saneamento devem ser interpretadas com cautela, refletindo o contexto constitucional e jurisprudencial do assunto.

É claro que a realidade prática desafia a categorização estaque dos arranjos supramencionados, sobretudo considerando o contexto de cooperação federativa, necessária para lidar com questões econômico-financeiras, técnicas e mesmo jurídicas. Logo, as noções trazidas neste trecho devem sempre ser avaliadas diante dos casos concretos e serão necessariamente reavaliadas quando da consolidação das inovações advindas do Novo Marco.

1.3 Da interface entre a política pública do saneamento e a sua regulação

Neste momento, já é possível perceber que a titularidade dos serviços públicos de saneamento engloba mais do que simplesmente a sua regulação econômica. A atribuição de competências para organização e prestar os referidos serviços é ampla, envolvendo todos os aspectos jurídicos e materiais necessários para viabilizar a sua prestação adequada e universal.

O exercício da função regulatória para determinar preços e fixar o equilíbrio entre direitos e obrigações do operador não se confunde com o exercício da competência jurídica a ser exercida pelos titulares serviços de saneamento para fixar sua política pública.

A distinção fica clara ao avaliarmos a noção de “política pública”, que, para fins deste trabalho, irá considerar operativamente todos os programas de ação de governo buscando organizar juridicamente as ferramentas e recursos de ação estatal, com (ou sem) direcionamento da atuação privada, para alcançar o desenvolvimento de objetivos previamente definidos no ordenamento jurídico como de interesse público. É, portanto, muito mais do que o exercício da função regulatória. A regulação é uma das ferramentas à disposição da política pública, mas não se confunde com ela³².

Sem discutir os contornos pormenorizados da noção de políticas públicas, entende-se importante fixar-lhes três características que aparentemente são endossadas pela maioria da literatura, sistematizando sua ideia para organizar a ação estatal.

³² Sobre este assunto, capturam-se as palavras de Maria Paula Dallari Bucci, para quem “*políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*” (Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241). O conceito parece alinhado com aquele que ensina Andréia R. Schneider Nunes no verbete de políticas públicas da Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, *in verbis*: “*política pública consiste em programa de ação governamental, do qual se extrai a atuação do Estado na elaboração de metas, definição de prioridades, levantamento do orçamento e meios de execução para a consecução dos compromissos constitucionais, que se exterioriza mediante arranjos institucionais*” (Cf. NUNES, Andréia R. Schneider. Políticas públicas. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/376/edicao-1/politicas-publicas>. Acesso em: 12 agosto 2021). Em monografia sobre o tema, Vanice Regina Lírio do Valle chega a propor um conceito inicial até mais aberto, definindo as políticas públicas como “*decisão formulada por atores governamentais, revestida de autoridade e sujeita a sanções*” (Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 36).

Em primeiro, as políticas públicas são elaboradas com a finalidade de atender direitos fundamentais e objetivos positivados no ordenamento jurídico, sobretudo sob a ótica coletiva. Não é juridicamente legítimo ao Estado desenvolver uma política pública em favor de crimes, ou em desfavor de direitos consagrados no ordenamento jurídico nacional. Por exemplo, não pode o Estado abolir o direito constitucional ao meio ambiente equilibrado com o lançamento de uma política em prol do desmatamento da Amazônia para aumentar a emissão de gases estufa.

Em segundo, as políticas públicas implicam em intrincado diálogo entre os Poderes do Estado, sobretudo entre a agenda política, agenda legislativa e a agenda administrativa, coordenando diversas esferas de atuação do Poder Público em favor da finalidade proposta. A política pública é legitimamente uma escolha política, amparada por legislação competente³³ e pela atividade administrativa da Administração Pública, cuja formulação e acompanhamento demandam interação democrática, assim como apuração por órgãos de controle³⁴.

Por fim, em terceiro, a política pública sai dos gabinetes do Estado e extravasa para o mundo exterior mediante atuação normativa do Estado e por meio das ações materiais da Administração Pública, dentre as quais destacam-se os mecanismos regulatórios. É dizer, para além da intervenção material no mundo fenomênico, o Direito detém relevante papel no mundo das políticas públicas, sendo o meio por excelência para manifestação do Estado, servindo, adicionalmente, como mecanismo para controle das políticas positivadas pelo Poder Público.

Trazendo as lições anteriores para o contexto do saneamento básico, observa-se que LNSB prevê elementos mínimos que os titulares devem observar para compor as suas respectivas políticas públicas dos serviços de saneamento básico. Ou seja, o Parlamento já se manifestou previamente sobre o que deverá constar na política local dos serviços de água e esgoto. Trata-se de diretrizes fixadas no âmbito nacional, cujo conteúdo deve ser suplementado e detalhado pelos titulares, estando previstas no art. 9º da LNSB, assim como no art. 23 do Decreto nº 7.217, de 2010.

³³ Não excluímos a ideia de que a política pública também não possa ser positivada ou detalhada por meio de atos infralegais. Pelo contrário. Apesar de inicialmente exigir prescrição legal em sentido estrito, pode muito bem uma política pública ser instrumentalizada no Direito por meio do exercício normativo de regulamentos dos órgãos e entes do Poder Executivo. Até por isso o diálogo entre diferentes esferas do Estado se faz absolutamente necessária.

³⁴ Inclusive quando o controle é realizado pelo Poder Judiciário com a finalidade de fazer cumprir com a política pública anteriormente fixada em ato normativo próprio.

De acordo com a legislação do saneamento, o titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto, adotar as seguintes medidas: (i) elaborar os planos de saneamento básico, bem como dispor de metas e indicadores de desempenho, com mecanismos para aferição dos resultados, o que deverá ser obrigatoriamente observado na execução material dos serviços públicos de saneamento; (ii) prestar os serviços públicos diretamente, mediante sua concessão, ou de forma orquestrada por gestão associada; (iii) definir, em qualquer hipótese de prestação dos serviços, entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico – mais à frente na legislação exige-se a elaboração de normas de regulação sobre os serviços de saneamento, as quais precisam versar sobre temas específicos do oferecimento material dos referidos serviços³⁵; (iv) definição dos parâmetros a serem adotados para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água; (v) fixação dos direitos e dos deveres dos usuários, observado o conteúdo da LNSB³⁶, assim como garantidas aquelas prescrições da Lei nº 13.460, de 2017³⁷; (vi) estabelecer mecanismos e os procedimentos de controle social, visando assegurar participação democrática na política pública de saneamento básico³⁸; (vii) implementar sistema de informações sobre os serviços públicos de saneamento básico, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa), o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh), observadas a metodologia e a periodicidade estabelecidas pelo MDR³⁹; e (viii) intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação

³⁵ É o caso da exigência do art. 23 da LNSB que exige determinado conteúdo regulatório a ser expedido pela entidade reguladora dos serviços públicos de saneamento básico.

³⁶ V.g. art. 27, da LNSB, que assegura transparência das informações relacionadas a prestação dos serviços públicos de saneamento, ou então o art. 40 da LNSB, que regula os processos para interrupção dos serviços em face dos usuários inadimplentes.

³⁷ Legislação responsável por dispor sobre a “participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública”, na qual o art. 5º determina uma série diretrizes para assegurar o direito dos usuários em face da prestação adequada dos serviços públicos. O art. 6º da referida legislação vai além e prescreve direitos básicos dos usuários, com o art. 8º trazendo os deveres dos usuários em face dos serviços públicos que lhe são oferecidos pelo Estado ou por terceiro que lhe faça as vezes.

³⁸ São diversos os mecanismos de controle social fixados na LNSB, destacando-se, por exemplo, o processo de consulta popular mediante audiências e/ou consultas públicas necessárias à elaboração dos planos locais/regionais de saneamento básico (*vide* § 5º do art. 19), bem como a constituição de órgãos consultivos nos moldes do art. 47, da LNSB.

³⁹ O levantamento de informações sobre a prestação do serviço é medida elementar para estimular o seu controle, acompanhamento e planejamento. Parece benéfica a exigência de articulação com as informações federais, buscando acentuar o processo de cooperação federativa com a União.

da entidade reguladora, nas hipóteses e nas condições previstas na legislação, assim como nos contratos.

Como pode ser observado, a política pública dos serviços públicos de saneamento básico envolve amplo espectro de atividades normativas e materiais, congregando diferentes competências do titular dos serviços, com o exercício da função de planejamento, regulação, fiscalização e prestação dos serviços públicos.

A construção de políticas públicas não pode ser confundida com a regulação dos serviços⁴⁰. A organização da atividade regulatória está inserida como uma faceta no detalhamento da execução da política pública de saneamento, devendo os reguladores deter completa obediência às decisões estatais positivadas nas normas que fixaram as ações governamentais.

É dizer, uma vez fixado o objetivo de universalização dos serviços, não cabe ao regulador deixar de perseguir esta meta. A regulação econômica deve ser tal e qual que permita eficientemente se alcançar a universalização dos serviços da forma mais adequada e oportuna possível⁴¹.

Em conclusão: uma coisa é a política pública, enquanto outra é a regulação dos serviços públicos. Esta deve servir àquela, sob pena de caracterizar-se como antijurídica. E como este trabalho buscará trabalhar a função de regulação dos serviços públicos de saneamento básico, dever-se-á considerar que o exercício regulatório do Estado não pode se descurar da política pública de saneamento, desrespeitando princípios fundamentais, nem direitos positivados no ordenamento jurídico, muito menos desconsiderando opções de arranjos jurídicos para prestação material dos serviços. Por ser parte integrante da política pública do saneamento básico, a regulação deverá ser um instrumento em favor do Poder Público para alcançar os objetivos de prestação adequada dos serviços, assim

⁴⁰ Em artigo sobre os desafios para universalização dos serviços de água e esgoto no Brasil, Alceu Castro Galvão Junior segrega didaticamente a diferença entre as tarefas do titular e aquelas que cabem aos reguladores, cf. Galvão Junior AC. **Desafios para a universalização dos serviços de água e esgoto no Brasil**. Rev. Panam Salud Publica. 2009; 25(6): 548-56.

⁴¹ Floriano de Azevedo Marques Neto é expoente desta distinção, afirmando que as políticas regulatórias necessariamente deveriam conversar com as políticas públicas, sob pena de serem ilegais e ilegítimas, arbitrariamente restringindo direitos e ordenando a vida privada sem base jurídica devida (Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, pp. 84-92). Entendimento semelhante, aliás, é visto em orientação da Advocacia Geral da União para quem a atividade regulatória pode ser revisitada junto dos Ministérios competentes, mediante recurso hierárquico impróprio, sempre que a regulação destoar da política pública setorial (Cf. Parecer AGU Nº AC-51, de 5 de junho de 2006).

como a sua universalização, seja qual for o caminho eleito pelo Poder Legislativo para tal empreitada.

1.4 Da interface do planejamento e a regulação no saneamento

Apesar de o foco deste trabalho estar no exercício da função regulatória dos serviços públicos de saneamento básico, entende-se importante dissertar brevemente acerca do exercício da função de planejamento dos mesmos serviços⁴². E isso por dois motivos: um, porque, ao esclarecer as demais funções que compõem a política pública do saneamento básico, é possível aperfeiçoar, por exclusão, a compreensão da noção envolvendo a função regulatória. Dois, porque, como será demonstrado a seguir, o planejamento detém intrínseca relação com a função de regulação, determinando as diretrizes que ela deverá perseguir para implementar a política pública de saneamento, com a prestação adequada dos serviços e atingimento da universalização.

Neste particular, aliás, é consenso que o planejamento orienta a atuação regulatória, que por seu lado dá concretude ao planejado⁴³. Sem interface entre a regulação e o planejamento arrisca-se ineficácia da política pública de saneamento, com claro prejuízo aos usuários e ao interesse público como um todo.

⁴² Compreende-se, inclusive, que existem outras discussões importantes sobre o exercício da competência de planejamento, como, por exemplo, a existência e limites da discricionariedade dos gestores públicos na formulação do plano para organização serviços públicos, ou mesmo os limites e diretrizes para aproveitamento das informações fornecidas pelos prestadores para construção dos planos de saneamento. No entanto, acredita-se que tais debates vão além do escopo deste trabalho, servindo de base para novos estudos. A análise deste trabalho será focada tão somente naquelas informações jurídico-positivas que do planejamento que influenciam diretamente na regulação econômica uma vez posto o plano para organização da prestação material dos serviços de água e esgoto.

⁴³ Nesse sentido também parece entender Wladimir Antônio Ribeiro em obra sobre a regulação do saneamento básico. Para o autor, “*o que parece evidente é que a regulação seria atividade subordinada – vale dizer, orientada pelo planejamento. Com isso, dizer que o regulador é o responsável pelo planejamento seria o mesmo que dizer que o regulador define o conteúdo da política pública da qual exerce a atividade reguladora. Evidente que tal acumulação traz problemas profundos de legitimidade político-democrática do regulador, porque seria a ele atribuído definir aspectos essenciais da política pública*” (Cf. RIBEIRO, Wladimir Antônio. A forma e a função: as relações entre independência, regulação e competências do regulador. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de Oliveira; BROCHI, Dalto Favareo; GRAVINA, Carlos Roberto (coord.). **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da Ares-PCJ**. São Paulo/SP: Ed. Essencial Idea Publish, 2016, p. 41-73 (p. 47)). Ou seja, na visão do autor, o planejamento é precisamente distinto da função de regulação, pois deve orientar a atividade regulatória por meio da concretude da política pública. O planejamento precisa, na via inversa, da regulação para acompanhar a sua fiel execução.

O planejamento precisa traduzir uma forma de execução da política pública dos serviços de saneamento e servir para guiar o exercício da regulação setorial.

Na visão de José Roberto Pimenta Oliveira⁴⁴, em artigo específico sobre o tratamento da função de planejamento para os serviços públicos de saneamento básico, a Administração Pública sempre precisa planejar, pois o plano confere forma para atuação jurídico-material a ser realizada em prol de determinado interesse público, sendo pressuposto para atender ao princípio da moralidade administrativa. Mais que isso, o autor sustenta que o planejamento é base para igualmente se observar o princípio da impessoalidade, já que a atividade administrativa é planejada com isenção, transparência, neutralidade, objetividade e imparcialidade.

Estes princípios são fundamentais para regulação econômica independente e eficiente, tal qual desenvolvida no modelo de agência da década de 90, implementada em diversos setores da econômica brasileira como forma de afastar a função regulatória das interferências políticas da Administração. Não seria diferente no setor de água e esgoto, no qual a LNSB prescreve que a regulação setorial deve primar pela independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, atendendo aos princípios da transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade de cada decisão (vide *caput* do art. 21 da LNSB após a redação dada pelo Novo Marco).

Voltando à análise do planejamento, seria preciso distinguir a formulação da política pública, que em um primeiro momento encontrar-se-ia sob a tutela político-parlamentar, a qual cumpre a declaração jurídica reveladora de certa política estatal (como a de universalização do saneamento básico, por exemplo), enquanto, em um segundo instante, caberia ao Poder Executivo formalizar a declaração do plano mediante produção jurídico-normativa própria à função administrativa. Isto é, os planos acabariam por deter força normativa vinculante de atos do Poder Executivo, não podendo ser ignorados pelos entes públicos (inclusive reguladores), tampouco pelos particulares⁴⁵.

⁴⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do serviço público de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007 e no Decreto nº 7.217/2010. In: DAL POZZO, Augusto Neves, *et al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito Brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017, p. 537-582.

⁴⁵ José Roberto Pimenta Oliveira entende, por exemplo, que “os planos retratam um objeto próprio, uma categoria jurídica inassimilável às normas jurídicas tradicionalmente estudadas”. Para o autor, o planejamento é uma espécie de processo administrativo, enquanto o plano *per se* corresponde a um tipo de norma jurídica que não se confunde com as regras ou com os princípios. O autor ainda propõe uma leitura sob diferentes prismas para entender a natureza normativa do plano de saneamento básico, como se observa:

Por este motivo que diversos autores⁴⁶ entendem que os planos de saneamento básico devem ser formalizados no mundo jurídico por meio de decretos. Não é preciso lei em sentido estrito, mas sim de atos dos chefes do Poder Executivo para veicular o plano por um meio juridicamente formal.

Por ser o Poder Público responsável pela execução da política pública prescrita em lei, caberia ao Executivo, em manifestação jurídica do chefe do Poder Executivo, reger o plano de saneamento, com metas e ações administrativas para vincular a própria Administração Pública. Exigir que o plano seja veiculado em lei no sentido estrito, conferiria preferência ilegal ao Parlamento, afrontando a separação dos poderes⁴⁷.

A regulação, portanto, deve deferência ao planejamento fixado pelo Poder Executivo, o qual, por sua vez, busca concretizar a política pública estabelecida pelo Parlamento. Entender diferente seria fazer com que a entidade de regulação atuasse de forma antijurídica, contrária ao fixado na política pública dos serviços de saneamento. Mas isto, sob outra perspectiva, não significa dizer que o regulador não tem que defender os direitos e garantias dos usuários ou agentes regulados. A mudança de plano, se houver,

“sob o prisma dos efeitos jurídicos dentro do aparelho administrativo, o plano pode ser qualificado como uma norma individual e concreta, no sentido que (i) individualiza a situação objetiva que deve alcançar a Administração Pública, relativamente a certa atividade administrativa dentro de certo prazo, e (ii) vincula-se às circunstâncias concretas nele apresentadas, analisadas e estudadas. Sob o prisma dos efeitos jurídicos deflagrados além da órbita administrativa, o plano assume a condição de norma geral e abstrata, porque (i) os destinatários ou beneficiários do plano são inespecificados; e (ii) cada atividade administrativa pontual, executada sob a vigência do plano, deve observá-lo, o que implica a possibilidade de reprodução do seu processo de aplicação como norma”, até mesmo para gerar direitos públicos subjetivos de terceiros em face do planejado pela Administração (*vide* OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do serviço público de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007 e no Decreto nº 7.217/2010. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves, *et al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito Brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017.).

⁴⁶ Cita-se como exemplos: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Ibid.*; PRADO, Lucas Navarro. Planos de saneamento básico: função, requisitos, revisão e impactos no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. *In*: **Saneamento básico: Temas fundamentais, propostas e desafios**. LUNA, Guilherme Ferreira; GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima; e BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coords.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017; e SOUZA, Rodrigo Pagani. Planejamento dos serviços de saneamento básico na Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. *In*: MOTA, Carolina (coord.). **Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010.

⁴⁷ Apesar do entendimento exposto neste trabalho, é fato que existem muitas discussões na prática administrativa, com algumas procuradorias e/ou órgãos de controle determinando que os planos de saneamento básico sejam veiculados mediante lei em sentido estrito. Não por outro motivo, por exemplo, o Novo Marco deixou em aberto a redação sobre o ato normativo que juridicamente veicula os planos municipais de saneamento básico, *vide* redação do § 1º do art. 19. Lembra-se, por oportuno, que o mesmo dispositivo, sob redação proposta pela Medida Provisória nº 844, trazia texto bastante diferente, segundo o qual ficava claro pela norma federal que os planos seriam veiculados mediante “*ato do Poder Executivo*”. Tudo indica que o debate legislativo optou por evitar o conflito acerca do ato normativo que positivaria os instrumentos de planejamento do setor de saneamento básico, cabendo a discussão em cada caso concreto. Ao nosso ver, perdeu-se uma oportunidade de sanear essa celeuma.

precisa ser acompanhada de tutela regulatória para manter, por exemplo, o equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços de água e esgoto.

Convém lembrar que há existência de planejamento do titular dos serviços no saneamento básico como condição de validade dos contratos de delegação dos serviços, por força do art. 11, inc. I da LNSB, devendo seu conteúdo ser observado pelos operadores em atenção ao disposto no § 6º do art. 19 da LNSB. Por este motivo, aliás, os contratos de delegação de saneamento básico costumam se valer dos mecanismos regulatórios de revisão ordinária para ajustar o pactuado sempre que forem revisitadas as bases do planejamento⁴⁸. As tarifas e a equação econômico-financeira dos contratos também são reavaliadas nestas situações, permitindo que a regulação reforce as condições materiais de se cumprir com o planejamento.

Vale notar que a elaboração dos planos não pode ser delegada à terceiros, devendo ser promovida pelos titulares ao observar o conteúdo e comandos do art. 19 da LNSB, abrangendo todo o território do titular para prestação dos serviços⁴⁹. Os planos devem trazer diagnóstico da situação dos serviços e seus impactos na condição de vida da população, com programas, ações e metas para atingir universalização e aprimoramento dos indicadores de qualidade do saneamento. Adicionalmente, os planos ainda devem prever ações para emergências e contingências, assim como mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas⁵⁰.

O Novo Marco introduziu três importantes alterações para o planejamento.

A uma, o Novo Marco permitiu que os municípios pequenos, com população inferior a 20.000 (vinte mil) habitantes possam apresentar planos simplificados, com

⁴⁸ É o caso, por exemplo, do contrato de concessão outorgado no Rio de Janeiro (o chamado projeto CEDAE), segundo o qual “30.1. A cada 5 (cinco) anos, contados da data de início da OPERAÇÃO DO SISTEMA, de acordo com o cronograma divulgado pela AGÊNCIA REGULADORA por ocasião da assinatura do CONTRATO, ocorrerá a revisão ordinária do CONTRATO, observadas as condições de processamento e os limites estabelecidos adiante. 30.2. A revisão ordinária do CONTRATO será conduzida pela AGÊNCIA REGULADORA, com a participação da CONCESSIONÁRIA e do ESTADO, e terá por objetivo: [...] 30.2.3. atualizar as METAS DE ATENDIMENTO e os INDICADORES DE DESEMPENHO, em função de eventuais atualizações implantadas nos PLANOS MUNICIPAIS DE ÁGUA E ESGOTO e no PLANO METROPOLITANO DE ÁGUA E ESGOTO, observados os limites estabelecidos adiante e a preservação do equilíbrio econômico-financeiro” (Cf. minuta de contrato de concessão anexado ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020, ref. Processo nº 120207/000707/2020).

⁴⁹ A LNSB autoriza que os prestadores dos serviços contribuam com os titulares para elaboração dos instrumentos de planejamento (cf. *in fine* do § 1º do art. 19 c.c. *in fine* do § 4º do art. 17), permitindo-se, para o caso de planos regionais, o suporte adicional de órgãos e entidades das administrações públicas federais, estaduais e municipais.

⁵⁰ E tudo isso ainda deve passar por consulta popular, mediante procedimentos de consulta e audiências públicas (cf. § 5º do art. 19 da LNSB).

menor nível de detalhamento daqueles requisitos exigidos pela legislação⁵¹. A duas, o Novo Marco reduziu o prazo de revisão dos planos de saneamento. Anteriormente, a legislação exigia que todos os planos fossem revisitados a cada 4 (quatro) anos, mas, em função da complexidade administrativa para esta empreitada, assim como pelos custos de transação para contratar consultorias especializadas com vistas ao apoio para tais planejamentos⁵², o Novo Marco houve por bem prolongar o período para revisão dos planos, que passou a ser de, no mínimo, a cada 10 (anos). A três, o Novo Marco permitiu afastar toda e qualquer dúvida de que os planos regionais, isto é, aqueles envolvendo mais de um município, possam substituir integralmente os planos isolados dos titulares. Antes desta inovação havia aqueles que advogavam pela necessidade de serem promulgados planos locais mesmo quando já existissem instrumentos de planejamento regional. Agora não mais será necessário o plano municipal se houver um plano regional, haja vista a redação dos §§ 2º e 3º do art. 17, da LNSB, sob nova redação conferida pelo Novo Marco.

Estas três modificações interferem na forma como a regulação econômica lida com o planejamento, visto que reduzem o nível de informações dos planos permitindo maior ingerência regulatória (seja ela por contrato ou por trato normativo institucional); aumenta os prazos de revisão dos planos locais, reduzindo custos de revisão dos instrumentos de delegação e, em princípio, agregando maior estabilidade às condições pactuadas para as tarifas; e, por fim, permite maior integração da regulação regionalizada na exata medida que autoriza a primazia dos planos regionais.

Importante mencionar, ainda, que a lei confere à entidade reguladora dos serviços a verificação do cumprimento dos planos de saneamento por parte dos prestadores de serviços, na forma das disposições legais, regulamentares e contratuais (*cf.* Parágrafo Único do art. 20 da LNSB). Inclusive, já vimos que a entidade reguladora costuma lidar com a atualização dos planos mediante processos de revisão ordinária, podendo, a depender da redação contratual, revisar os valores praticados nas tarifas dos usuários para viabilizar eventual alteração de metas de investimento, por exemplo.

⁵¹ Fica pendente saber qual é o nível de detalhamento que será permitido pela legislação para estes casos, já que o conteúdo do art. 19 parece ser preciso e certo para adequada atuação administrativa. Eventual redução desmedida das informações solicitadas pela LNSB poderá tornar ineficaz o planejamento dos serviços ferindo importantes princípios da atividade administrativa, conforme previamente elucidados.

⁵² Isso sem mencionar os desafios políticos de praticamente a cada mandato das prefeituras refazer o planejamento dos serviços

Tudo isso deve ser levado em consideração pelo regulador para manter o delicado equilíbrio da regulação econômica, buscando equalizar as tarifas praticadas pela prestação dos serviços de forma a manter os princípios de sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, a modicidade tarifária e a eficiência.

O planejamento, portanto, detém forte influência na prática regulatória da prestação dos serviços de saneamento básico, influenciando no *modus operandi* da regulação econômica para viabilizar seus programas e alcançar os objetivos da política pública.

1.5 Da interface da prestação dos serviços públicos e a regulação do saneamento

Fixada a relação entre o planejamento e a regulação, entende-se necessário estabelecer noções operativas dos institutos utilizados pelo Poder Público para organizar a prestação material dos serviços públicos de saneamento básico, permitindo o conhecimento da sua interface com a regulação de preços.

Fala-se especificamente dos institutos de desconcentração, descentralização ou mesmo de gestão associada de serviços públicos⁵³. Em paralelo, também se fala em prestação direta e indireta⁵⁴⁻⁵⁵. Trata-se de formas distintas para se classificar diferentes institutos utilizados para organizar a prestação material dos serviços, mas cujo uso por vezes se complementa.

Em apertada síntese, o titular dos serviços pode optar por prestar os serviços mediante desconcentração, com divisão interna de órgãos estatais, sob regime de supervisão hierárquica⁵⁶. É o caso dos DAE ou dos SAE, por exemplo. Por outro lado,

⁵³ Por exemplo, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 28ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 149, e seguintes.

⁵⁴ É o caso, por exemplo, de RIBEIRO, Wladimir António. O Contrato de Programa. In: **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. OLIVEIRA, Carlos Roberto de; e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021, p. 130.

⁵⁵ É possível, por exemplo, que determinado usuário realize a autogestão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, com outorgas para captação de água, bem como adoção de medidas individuais para tratamento e/ou lançamento de efluentes, p. ex., via fossa séptica. Estes casos, no entanto, não são vistos como serviços públicos de saneamento básico e, portanto, deixaram de compor a presente análise.

⁵⁶ Vale citar aqui as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “Hierarquia pode ser definida como o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno. Os poderes do hierarca conferem-lhe uma

ainda é possível que o titular opte por prestar seus serviços públicos por meio da criação de autarquias ou empresas estatais, hipótese na qual fala-se na utilização da descentralização. O vínculo nestes casos não é mais de subordinação hierárquica, mas sim de controle⁵⁷ ou societário⁵⁸. Estas situações são vistas como prestação direta.

Para além destas hipóteses, os titulares também podem usar a prestação descentralizada para delegar⁵⁹ a prestação material dos serviços para investidores particulares mediante contratos de concessão, permissão, subdelegação, subconcessão ou parceria público-privada⁶⁰. Aqui tampouco existe vínculo hierárquico, sendo que o controle passa a ser exercido na forma do vínculo gerado entre o particular e o Poder Público, com feição majoritariamente contratual. Estes são casos de prestação indireta, pois alheios a esfera do titular.

Ao lado destes institutos está a gestão associada de serviços públicos, regulada pelo art. 241 da Constituição Federal, bem como pela Lei nº 11.107, de 2005, e pelo Decreto nº 6.017, de 2007. A gestão associada de serviços públicos pode envolver, conforme o caso concreto, o exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos

continua e permanente autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 28ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 150.)

⁵⁷ Cf., novamente, Celso Antonio Bandeira de Mello, “A palavra ‘controle’ vai aqui usada em sentido estrito, em oposição à hierarquia, e designa o poder que a Administração Central tem de influir sobre a pessoa descentralizada. Assim, enquanto os poderes do hierarca são presumidos, os do controlador só existem quando previstos em lei e se manifestam apenas em relação aos atos nela indicados” (MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Ibid.*, p. 151). Vale observar que, ao nosso ver, a leitura do mestre paulista deve considerar, adicionalmente, os poderes de controle expressamente criados em virtude de instrumento contratual pelo qual se forma vínculo de sujeição especial entre o Poder Público e o privado delegatário dos serviços.

⁵⁸ Sobre os contornos do poder de controle societário do Estado nas empresas estatais é recomendada a leitura de PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

⁵⁹ Entende-se por simplificação não ser pertinente adentrar no debate de delegação vs. outorga. Maiores informações podem ser encontradas nas lições de Hely Lopes Meirelles, para quem “há outorga, quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública; há delegação, quando o Estado transfere, por contrato (...) ou por ato unilateral (...), unicamente a execução do serviço, para que o delegado preste ao público em seu nome e por sua conta e risco (...)” (cf. **Direito administrativo brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 299.).

⁶⁰ Sobre as diferentes alternativas de investimento privado no saneamento após o Novo Marco, é recomendada a leitura de ENEI, José Virgílio Lopes. A hora e a vez do setor privado: modelagem de privatizações e concessões no setor de saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 411 e seguintes.

ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos⁶¹.

Aqui, embora existam aqueles que defendam se tratar de hipótese de prestação direta⁶², entende-se pertinente adotar classificação apartada para as situações de gestão associada de serviços públicos, considerando o espectro constitucional especificamente dedicado para estas hipóteses de prestação coordenada de serviços públicos. E isso porque, nestes casos, um titular pode cooperar com outros entes federados, ou mesmo entidades integrantes da sua administração pública indireta, para, em conjunto ou mediante delegação, permitir a organização dos serviços de saneamento básico. Ou seja, embora esteja dentro do aparato estatal, a gestão associada nos parece merecer tratamento didático próprio, haja vista não envolver a administração direta do titular dos serviços e apresentar tratamento normativo próprio.

Os arranjos jurídicos utilizados para a gestão associada de serviços públicos⁶³ não envolvem redistribuição interna de competências, mas sim instrumentos de cooperação e delegação⁶⁴ por meio dos chamados consórcios públicos⁶⁵ ou dos convênios de

⁶¹ Apesar da previsão da legislação de consórcios públicos e convênios de cooperação, como foi explorado anteriormente, no saneamento, não é permitida a delegação das atividades de planejamento dos serviços públicos, embora seja possível que haja cooperação entre os entes federados.

⁶² É o caso, por exemplo, de Wladimir Antônio Ribeiro, que defende, por força da redação do *caput* do art. 175, da Constituição Federal, inexistir três vias de prestação dos serviços públicos pela constituição, havendo tão somente as técnicas que permitem tal prestação material pelo Estado (*lato sensu*) e aquelas que permitem a prestação material de serviços públicos pelos particulares, mediante concessão e permissão. (cf. RIBEIRO, Wladimir Antônio. O Contrato de Programa. In: **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. OLIVEIRA, Carlos Roberto de; e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021.)

⁶³ A gestão associada de serviços públicos permite estruturar a prestação material de diferentes serviços, sob a tutela do Estado de forma cooperada, por meio de associação pública com natureza autárquica, via consórcio público com personalidade jurídica apartada dos seus consorciados (de direito privado ou de direito público); ou, alternativamente, pode-se optar por realizar a gestão associada dos serviços públicos mediante cooperação interfederativa de delegação das atribuições de um ente subnacional para outro, podendo aquele que receber a delegação adotar as providências necessárias para organização e prestação material dos serviços recebidos. Para maiores informações, recomenda-se a leitura do nosso “*Formas de Parcerias para Viabilizar a Implantação de Aterros Sanitários*”, publicado em conjunto com Rosane Menezes Lohbauer e Rodrigo Machado Moreira Santos, pela Revista dos Tribunais, vol. 976 (fev. 2017), bem como de VASCONCELOS, Andréa C. de; BORGES, Olívia. A nova institucionalização na prestação dos serviços públicos de saneamento sem a figura dos contratos de programa. In: **Novo Marco do Saneamento**. GUIMARÃES, Bernardo Strobel, *et al.* (coord.). São Paulo: Ed. Fórum, 2021, p. 234-242.

⁶⁴ Não há vedação para que a gestão associada somente ocorra entre entes de mesma natureza, tampouco havendo vedação para que a gestão associada envolva diferentes esferas de poder, ou mesmo das suas entidades estatais. É possível que um grupo de municípios forme um consórcio público ou se organize por meio de convênios de cooperação, ao passo que também é facultado que municípios se organizem junto de estado federado e até mesmo da União.

⁶⁵ Nos termos do Decreto nº 6.017, de 2007, os consórcios públicos constituem “pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação

cooperação⁶⁶⁻⁶⁷, havendo, em ambos os casos, a celebração posterior de contratos de programa⁶⁸⁻⁶⁹.

O contrato de programa constitui o elemento central de validade da prestação material advinda da gestão associada de serviços públicos (*cf.* caput do art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005) que, somado aos consórcios públicos e aos convênios de cooperação, deveria regular a prestação dos serviços públicos, observado clausulado específico para tanto (similar aquele dos contratos de concessão, por força do § 1º, inciso I, do art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005).

Os contratos de programa são instrumentos bastante utilizados no setor de saneamento básico para delegar atividades materiais às CESBs⁷⁰. Tratava-se de avença delegatória de serviços públicos celebrada com dispensa de licitação (*vide* art. 24, inciso XXVI da Lei nº 8.666, de 1993), mas cuja continuidade restou impedida pelo Novo Marco. De acordo com esta nova legislação, os serviços de água e esgoto somente podem ser delegados por meio de contratos de concessão precedidos de certame licitatório.

A Sabesp⁷¹, sociedade de economia mista paulista, é um exemplo de como este tipo de arranjo institucional tem funcionado antes do Novo Marco⁷², sobretudo

pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos”.

⁶⁶ Nos termos do Decreto nº 6.017, de 2007, os convênios de cooperação celebrados entre entes federados seriam “pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles”.

⁶⁷ Vale notar que os convênios de cooperação detêm raso tratamento legal. E com o Novo Marco, previu-se que as regras dos consórcios públicos se aplicarão, naquilo que couber, aos convênios de cooperação (*cf.* nova redação do art. 1º, § 4º, da LNSB), dispensando-se, adicionalmente, a necessidade de lei formal para autorizar a celebração dos referidos convênios (*vide* nova redação do § 4º do art. 8º da LNSB.).

⁶⁸ Nos termos do Decreto nº 6.017, de 2007, os contratos de programa correspondem a “instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa”

⁶⁹ Também é permitida a celebração de contratos de rateio para regular os desembolsos de valores entre os entes federados. Estes contratos, todavia, não serão objeto de maiores considerações neste trabalho por comporem simples relação dentro do Estado para organizar suas finanças na organização de serviços públicos.

⁷⁰ Ver TRINDADE, Karla Bertocco. A construção de um novo modelo institucional para o saneamento no Estado de São Paulo. *In:* MOTA, Carolina (coord.). **Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/2007**. 2010, p. 289 e seguintes

⁷¹ A Sabesp teve sua criação autorizada por meio da Lei Estadual nº 119, de 29 de junho de 1973. De acordo com o art. 1º da referida legislação, o Poder Executivo foi “autorizado a constituir uma sociedade por ações, sob a denominação de Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp, com o objetivo de planejar, executar e operar os serviços públicos de saneamento básico em todo o estado de São Paulo, respeitada a autonomia dos municípios”.

⁷² É possível consultar os diferentes contratos de programa da Sabesp por meio do seguinte endereço eletrônico: <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Municipio.aspx?secaoId=18&id=607>. Acesso em: 24 maio 2020.

considerando fontes públicas de que a estatal detém 326 contratos de programa dentro do estado de São Paulo⁷³.

Nestes casos, o Governo do Estado de São Paulo costuma celebrar um convênio de cooperação com o município que deseja realizar a gestão associada dos serviços de saneamento, indicando como regulador a agência reguladora estadual, *i.e.* a ARSESP⁷⁴), bem como delegando à Sabesp a prestação material dos serviços por meio de contrato de programa. O contrato de programa, então, faz a vez de um instrumento de delegação, observado o regulamento de usuários da agência reguladora⁷⁵ e o planejamento dos serviços, normalmente anexo ao próprio contrato⁷⁶.

De forma a sintetizar os institutos jurídicos que a legislação coloca à disposição do titular dos serviços de saneamento para organizar a prestação material do abastecimento de água e do esgotamento sanitário, se encontra reproduzido abaixo um quadro síntese, apoiando-se nas lições de Andrea Vasconcelos e Olívia Borges⁷⁷. Veja-se:

Imagem 1 – Formas de prestação dos serviços públicos de saneamento básico

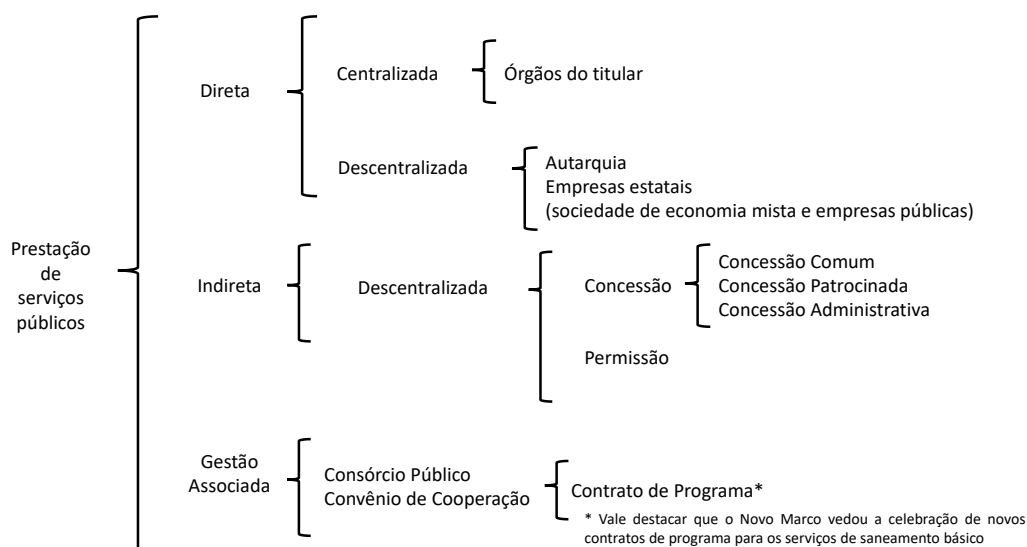
⁷³ Vide informações do endereço eletrônico da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, que podem ser acessados no seguinte endereço eletrônico: <http://www.arsesp.sp.gov.br/SitePages/saneamento/informacoes-tecnicas.aspx>. Acesso em: 12 maio 2021.

⁷⁴ A Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP foi criada pela Lei Complementar Estadual nº 1.025, de 2007. Maiores informações da ARSESP e sua regulação no setor de saneamento básico podem ser acessadas no seguinte endereço eletrônico: <http://www.arsesp.sp.gov.br/SitePages/home.aspx>. Acesso em: 24 maio 2020.

⁷⁵ A ARSESP, por exemplo, detém a Deliberação ARSESP nº 106, de 13 de novembro de 2009, estabelecendo as condições gerais para a prestação e utilização dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

⁷⁶ Nos termos do art. 11, inciso I, da Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, os contratos para prestação dos serviços de saneamento pressupõem necessário planejamento, cujo conteúdo mínimo está prescrito no art. 19, da Lei Federal nº 11.445, de 2007, com metas e objetivos que devem ser seguidos pelos operadores do serviço, sejam eles públicos ou privados.

⁷⁷ VASCONCELOS, Andréa C. de; BORGES, Olívia. A nova institucionalização na prestação dos serviços públicos de saneamento sem a figura dos contratos de programa. *In: Novo marco do saneamento*. GUIMARÃES, Bernardo Strobel, *et al.* (coord.). São Paulo: Ed. Fórum, 2021. Note-se, ademais, que propostamente buscou-se não pormenorizar, neste momento, as situações envolvendo as subdelegações e subconcessões dos serviços públicos de saneamento, as quais serão abordadas na sequência, tampouco detalhando contratos de prestação de serviço e/ou de obras, ou mesmo aqueles contratos de locação de ativos (modalidade *built to suit*, aplicando-se *mutatis mutandis* o disposto no art. 54-A, da Lei nº 8.245, de 1991), já que estes últimos instrumentos não implicam na delegação integral das atribuições materiais, mas, sim, em mera terceirização parcial das competências materiais da prestação dos serviços públicos.



Como pode ser observado da Imagem 1, existem variadas formas de se organizar a prestação dos serviços de saneamento básico, todas devendo observar a política pública e o planejamento fixado pelo titular dos serviços para disponibilizar materialmente comodidades e utilidades dos serviços, mas cada qual com exigências regulatórias distintas, seja sob a perspectiva de regras contratuais, seja sob a perspectiva da outorga de competências pela via legal.

Não parece haver como tratar da regulação econômica dos serviços de saneamento básico sem considerar o elemento da prestação material e os diferentes regimes jurídicos lançados pelo ordenamento jurídico brasileiro para organizar materialmente tais atividades.

Por exemplo, se a prestação se dá mediante contrato de delegação ou cooperação, é preciso observar os direitos e obrigações pactuados, ou mesmo o “equilíbrio econômico-financeiro” das avenças no formato aplicável para cada situação. Do contrário, quebra-se a segurança jurídica por descaracterizar o ato jurídico perfeito (*cf.* art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal), gerando-se enriquecimento sem causa, rompendo com a boa-fé e a confiança legítima. E isso tudo sem contar a expressa previsão do art. 25, § 2º da LNSB, de que o regulador dos serviços de saneamento será responsável por atribuir a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos que organizam a prestação material do saneamento.

Mais complexo ainda se torna notar a possível interface entre diferentes formas de se organizar a prestação dos serviços públicos de saneamento. É dizer, no saneamento,

considerando a pluralidade de titulares dos serviços, há a possibilidade de se mesclarem as técnicas de prestação dos serviços públicos, aglutinando diferentes tipos de prestadores e regimes jurídicos de prestação.

É possível que um mesmo município delegue os serviços de esgotamento para um operador privado, mediante contrato de concessão, enquanto os serviços de abastecimento de água são prestados por meio de CESB. Também possível que um conjunto de municípios trespasse diferentes atividades da cadeia econômica dos serviços de abastecimento de água, com, por exemplo, um operador responsável por captar, tratar e transportar água no atacado para operadores varejistas, que distribuem os recursos para os usuários nos centros urbanos.

Ambos os exemplos envolvem atividades que seriam interdependentes entre si, pois a tarifa dos usuários deve remunerar, sem duplicidade de custos, todas as formas de prestação dos serviços de saneamento básico. Há interface entre diferentes institutos jurídicos utilizados para a prestação material dos serviços de saneamento básico, cada qual com situação fenomênica e contratação própria.

É óbvio, portanto, que dependendo das características jurídicas dos instrumentos de delegação e dos detalhes fenomênicos do saneamento local, poder-se-á estruturar diferentemente a política tarifária ou mesmo adotar prática diferente de uma revisão contratual. A regulação de preços precisa ficar atenta para as particularidades destas situações.

2 DA HISTÓRIA RECENTE DE DISCUSSÃO REGULATÓRIA NO SANEAMENTO E SUA IMPORTÂNCIA

2.1 Conhecendo o passado próximo do Pano Nacional de Saneamento

De largada é preciso ter em mente que a atual prestação dos serviços de saneamento básico convive com a continua desconstrução das bases do PLANASA⁷⁸, para acelerar a universalização de serviços essenciais à população. Mas antes de explicar

⁷⁸ Apesar do PLANSA ter seu início com políticas de financiamento do Banco Nacional de Habitação, a política pública foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978, regulamentada pelo Decreto nº 82.587, de 6 de novembro de 1978.

os conflitos decorrentes da desconstrução do PLANASA, cumpre esclarecer melhor o que foi este plano nacional de saneamento.

O PLANASA corresponde a uma antiga política pública organizada pelo Governo Federal no final da década de 60⁷⁹. O seu pilar era fazer com que os municípios organizassem os serviços de saneamento básico por meio da delegação de contratos-convênio às CESBs. Isto é, os governos estaduais apoiariam os municípios por meio da constituição de empresas estatais para planejar e operar os serviços de saneamento básico, à época somente ligados aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário⁸⁰.

Sob o PLANASA, a universalização dos serviços deveria aproveitar o agrupamento de contratos municipais dentro das CESBs para gerar ganhos de escala e escopo⁸¹. O caixa das CESBs operaria um subsídio cruzado entre diferentes usuários e localidades, assegurando que grandes centros urbanos (com densidade populacional) financiassem a expansão dos serviços de água e esgoto nos municípios com menor capacidade financeira. Tudo estava voltado para a lógica de universalização, impulsionando investimentos locais e regionais pela via estatal, por meio de política tarifária que permitia a remuneração dos custos incorridos pelas CESBs⁸².

O PLANASA não detinha regulação independente como é conhecida hoje, mediante uma entidade reguladora. A política pública refletia a crença na intervenção direta do Estado como melhor forma de se influenciar no ambiente econômico, buscando alcançar o interesse público por meios próprios da Administração Pública⁸³.

⁷⁹ Cf. Ensinamentos do jurista Vinícius Marques de Carvalho, “Com o advento do PLANASA, o setor de saneamento básico foi submetido a uma estratégia nacional que distanciou os municípios da gestão dos serviços, direcionando para os estados o papel de operadores do sistema, cujo principal desafio seria universalizar os serviços sem abrir mão da sustentabilidade econômica.” (CARVALHO, Vinícius Marques de. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 111.).

⁸⁰ A Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978, focava a atuação do saneamento nos estados, notadamente nas companhias estaduais de saneamento (art. 2º). O Decreto nº 82.587, de 06 de novembro de 1978, por seu turno, dispunha, no art. 8º, que os estados deveriam destinar recursos para o cumprimento das programações estaduais, com vistas a atingir os objetivos e metas do PLANASA – Plano Nacional de Saneamento, devendo, ainda, assegurar a gestão eficiente das companhias estaduais de saneamento básico.

⁸¹ Conceitos econômicos, segundo os quais, grosso modo, os custos de operação decairiam à medida que se expandem os serviços ou na medida em que se aproveitam diferentes escopos de trabalho para reforçar sinergias econômicas (p.ex. a cobrança dos serviços de água e esgoto é realizada pelo mesmo titular).

⁸² Vigia a seguinte redação da Lei nº 6.528, de 1978: “Art. 2º - Os estados, através das companhias estaduais de saneamento básico, realizarão estudos para fixação de tarifas, de acordo com as normas que forem expedidas pelo Ministério do Interior. [...] § 2º - As tarifas obedecerão ao regime do serviço pelo custo, garantindo ao responsável pela execução dos serviços a remuneração de até 12% (doze por cento) ao ano sobre o investimento reconhecido”.

⁸³ Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, “o pressuposto da intervenção estatal era o atingimento do interesse público justificador da atuação direta do estado no domínio econômico. Porém,

Acabou então que a organização, prestação e regulação dos serviços praticamente era trespassada para as CESBs, com algumas exceções de municípios que optaram por organizar seus serviços dentro da sua respectiva administração. Nestes casos, usaram-se técnicas de desconcentração e descentralização, ora criando departamentos de saneamento, ora criando empresas ou autarquias para lidar com os problemas de água e esgoto.

Embora tenha sido particularmente exitoso no campo de abastecimento de água, o PLANASA não logrou sucesso em universalizar os serviços públicos de saneamento básico, sinalizando pouco avanço no segmento de esgotamento sanitário, por exemplo. Sob a perspectiva da regulação econômica, a simples regulação por custos gerou desincentivo ao desempenho operacional, permitindo a manutenção de perdas elevadas na distribuição de água. Adicionalmente, problemas fiscais nos estados federados e na capacidade de investimento das CESBs fizeram com que a política fosse revisitada.

Após a promulgação da Constituição de 1988, na década de 90, houve uma profunda releitura da visão sobre o papel do Estado na intervenção da atividade econômica, inclusive para os casos envolvendo serviços públicos. Durante este período, não só se rompeu com regimes de monopólio (por exemplo, no setor de telecomunicações), como também se alterou as atividades sob regime de privilégio (v.g. com a celebração de concessões de serviços públicos). Iniciou-se a retirada da atuação do Estado como interventor direto na economia, responsável pela prestação material de determinados bens e serviços, passando o Poder Público a atuar nas esferas de planejamento, fomento e regulação (cf. art. 174, da Constituição Federal).

Foi nesta época que amadureceu no Brasil os debates sobre o advento das agências reguladoras, da regulação econômica por incentivos e dos diversos marcos regulatórios para ordenar a atividade empresarial nos mais variados setores da economia brasileira.

esse interesse público se revelava em interesses do Estado-Nação, consoante objetivos de desenvolvimento nacional, interesse estratégico, segurança nacional, relevância pública da atividade etc. Tal perseguição do 'interesse público' era suficiente para justificar a interdição da atuação dos atores privados no setor objeto da intervenção (algo que se concretizava tanto no monopólio de atividade econômica em sentido estrito, como no regime de privilégio ou exclusividade na prestação de serviço público pelo Estado ou ente delegado seu), bem como legitimava a imunidade aos instrumentos de controle do exercício de atividade econômica. Justificava ainda a prescindibilidade de um aparato estatal para controlar a atividade cometida ao ente estatal. Se a atividade do operador público era controlada (via cadeia de controle) pelo Estado, o interesse público estaria sempre consagrado na atuação deste operador, tornando sem sentido outras formas de controle da atividade explorada pelo ente estatal". (cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 24-25.)

Foi o que aconteceu com o setor de telecomunicações, por meio da Lei nº 9.472, de 1997, e encontrou paralelo no setor de energia elétrica, por exemplo, por meio da Lei nº 9.074, de 1995. Ou seja, abandonou-se a visão de Estado prestador, adotando-se a visão daquilo que se poderia chamar de um Estado regulador.

Curiosamente, o setor de saneamento básico tardou para participar da reforma de atuação do Estado, quiçá pela competência municipal ou pela marcada atuação estatal pulverizada nas CESBs, com dados do setor indicando a existência até os dias atuais de 25 empresas estaduais de saneamento básico, responsáveis por operar serviços de saneamento básico em aproximadamente 70% do território brasileiro⁸⁴.

2.2 Da promulgação da Lei Nacional de Saneamento Básico

Somente em 2007, com a promulgação da LNSB, se buscou estruturar um modelo que, de forma independente e transparente, procedesse à regulação e fiscalização dos operadores de saneamento, os quais deveriam fornecer serviços em atenção ao pactuado em contratos escritos e formais, recebendo direitos em contrapartida para proteger os seus investimentos.

É importante ter em mente que a forma de atuação das CESBs foi preservada por meio de arranjos estruturados pela Lei nº 11.107, de 2005, que regulou os consórcios públicos e os convênios de cooperação, positivando a figura dos contratos de programa para operacionalizar a gestão associada de serviços públicos. A partir desta legislação, as referidas companhias celebraram, sem qualquer licitação, convênios e os referidos contratos de programa para perpetuar sua atuação onde inexistiam contratos, ou onde existia somente os contratos-convênio.

Sob a perspectiva da regulação econômica, e considerando especificamente os segmentos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, observou-se que, na contramão da política pública do PLANASA, houve na LNSB uma modificação da lógica regulatória, com instituição de uma regulação por incentivos. Isto é, abandonou-se a regulação fixada na década de 70, em que se assegurava aos prestadores estatais um

⁸⁴ Cf. estudo intitulado “PANORAMA DA PARTICIPAÇÃO PRIVADA NO SANEAMENTO 2021”, publicado pela ABCON, disponível no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.abconsindcon.com.br/panoramas/#wpcf7-f9648-p24672-o1>>.

retorno pelos custos dos investimentos de até 12% (doze por cento), e, no seu lugar, adotou-se técnica de regulação pela qual, além da remuneração pelos investimentos, as tarifas também devem buscar incentivar a operação eficiente pelo operador⁸⁵⁻⁸⁶.

De outro giro, analisando o aspecto institucional, se anteriormente a regulação era focada no que se pode chamar de autorregulação⁸⁷, segundo a qual as condições do mercado eram determinadas pelo Poder Público, por meio de operadores sob o seu controle (*i.e.*, CESBs e/ou departamentos municipais de saneamento), por meio da LNSB passou-se a exigir a participação de entidades reguladoras independentes sempre que houvesse prestação dos serviços por terceiros alheios à esfera dos titulares dos serviços.

E a LNSB até mesmo chegou a prever que a regulação independente fosse tida como condição de validade dos contratos de operação dos serviços de saneamento básico, fossem eles de programa, de concessão, de Parceria Público-Privada ou de subdelegação. Mais que isso, a legislação exigiu que os contratos de delegação dos serviços, mesmo aqueles de gestão associada, deveriam observar clausulado mínimo, semelhante ao previsto em lei para os arranjos concessórios⁸⁸.

Deste movimento nasceram inúmeros arranjos para prestação material dos serviços público e para regulá-los, envolvendo consórcios públicos e as chamadas agências reguladoras. A regulação dos serviços passou a abranger operadores privados e

⁸⁵ Ver a seguinte redação da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007: “Art. 29 - Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços, e, quando necessário, por outras formas adicionais, como subsídios ou subvenções, vedada a cobrança em duplicidade de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário, nos seguintes serviços: [...] § 1º Observado o disposto nos incisos I a III do caput deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes: VIII - incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços”.

⁸⁶ A mudança parece ter acompanhado alteração de paradigma constitucional. Ver, por exemplo, que a Constituição de 1967 determinava que a regulação fosse operada pelo custo dos investimentos, *cf.* art. 160, inciso II (“tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”), enquanto a Constituição de 1988, modernamente, previu que a legislação deveria dispor de política tarifária considerando os princípios aplicáveis à atividade administrativa (regime de direito público), dentre os quais destaca-se a “eficiência”, *i.e.*, art. 175 c.c. *caput* do art. 37.

⁸⁷ De acordo com informações da plataforma do Banco Mundial (*Public-Private-Partnerships Legal Resource Center*), “sob autorregulação, o ente público responsável pela prestação de serviços públicos regula suas próprias atividades, dispondo de tarifas, parâmetros de performance, e mecanismos de monitoramento” (tradução livre, cujo original pode ser encontrado em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/water-regulation-self-regulation>. Acesso em: 30 set. 2018).

⁸⁸ Vide, *p.ex.*, obrigação dos contratos deterem metas claras e objetivas (inc. V do art. 11 da LNSB), bem como que os contratos de programa, por força do art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005, devem-se observar a legislação de concessões.

operadores públicos, cada qual, contudo, observando um regime jurídico distinto sobre o qual se construíram modalidades regulatórias diferentes.

Enquanto os operadores públicos se valiam de delegações legais ou de estruturas de contratos de programa (ambos obtidos sem licitação), os operadores privados se valiam de contratos de concessão e de parcerias público-privadas (“PPPs”), sempre precedidos de certames competitivos, para prestar materialmente os serviços de água e esgoto⁸⁹.

Ademais, os modelos regulatórios acabaram por ser, na prática, tratados sob lógica completamente diferente quando se foca na dinâmica utilizada para encontrar o equilíbrio entre a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, a modicidade tarifária e a eficiência operacional. Para os casos de prestação direta, o Estado seguiu determinando os preços de acordo com critérios de agenda política, sob conveniência e oportunidade do gestor público. Para os casos de prestação apoiada pelas CESBs, as entidades reguladoras desenvolveram revisões tarifárias periódicas para reposicionar, de tempos em tempos, as premissas econômicas da prestação dos serviços, incluindo seus custos e projeções de investimento. E, para os contratos privados de concessão e PPPs, preservou-se a equação econômico-financeira da proposta vencedora da licitação, podendo valer-se de revisões periódicas para atualizar tecnologias de operação, índices de desempenho ou incluir novos investimentos, os quais seriam calculados de acordo com metodologia preferencialmente fixada *ex ante* nos instrumentos contratuais.

Percebe-se que a LNSB introduziu a regulação independente nos casos em que a prestação dos serviços de saneamento fosse realizada por terceiros não integrantes da Administração Pública do titular, positivando diretrizes de uma regulação de incentivos (que não mais focasse exclusivamente nos custos de investimentos para universalização), assim como abrindo espaço para o desenvolvimento de diferentes modelos regulatórios para proteger a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços. Um modelo seria mais rígido pois buscaria proteger as condições de propostas submetidas à época das licitações pelas concessões, enquanto o outro modelo seria mais flexível buscando manter um equilíbrio constante entre despesas e receitas dos serviços.

⁸⁹ É claro que também não se deve esquecer de outros arranjos jurídicos que permitem a participação privada no saneamento, como os contratos de obra pública, os contratos de locação de ativos, ou mesmo soluções de parceria societária para prestação material de determinados serviços. Mas estas outras soluções não asseguram o trespasse integral da prestação material dos serviços, limitando-se a trespassar parcela dos serviços e suas responsabilidades, ou subordinar a participação privada dentro de organização societária. Não se analisará neste estudo estas outras formas de participação privada, podendo ser tema de trabalhos futuros.

Pode-se afirmar, como consequência, que a LNSB construiu arranjo jurídico e institucional que conferisse aos titulares maior autonomia e poderes (ainda que não tivesse definido quem seria o titular), com a estruturação de política pública e planejamento para expansão dos serviços. A regulação independente apoiaria os titulares enquanto os operadores receberiam maiores direitos, em lei e em contrato, para explorarem os serviços públicos.

Contudo, na prática, muitos contratos com CESBs não parecem ter logrado êxito em se ajustarem ao disposto na LNSB. Estudo disponibilizado pela Fundação Getúlio Vargas⁹⁰ indica haver falta de transparência sobre o conteúdo das avenças celebradas com as CESBs, com a existência de diversas situações de fato em que as estatais estaduais operam sem sequer deterem formalização contratual⁹¹. Dentre os casos em que existe a celebração de contratos de programa vigentes, identificou-se que cerca de 55% dos contratos de programa na região Sudeste carecem de metas bem definidas, entendidas como aquelas que atendem aos critérios de especificidade, mensurabilidade e com prazos certos para seu cumprimento. A justificativa identificada pelo estudo seria a ausência de adequação das avenças ao estipulado pela LNSB, o que impediria o avanço da universalização no setor.

É acertado então que o advento da LNSB não parece ter servido para afastar por completo as práticas regulatórias do PLANASA, com diversas empresas estatais praticando *de facto* uma autorregulação dos serviços, mediante ajustes contratuais nulos⁹². Ou seja, atualmente algumas companhias operam por meio de contratos de programa que atendem a LNSB, prevendo metas e regulação independente, enquanto outras companhias operam por meio de ajustes contratuais que não incorporaram a reforma da LNSB, deixando de ter clareza em metas de investimento ou mesmo de mecanismos para fomentar a prestação adequada dos serviços.

Este cenário não ajudou na universalização dos serviços de água e esgoto, os quais ainda detém índices de atendimento abaixo do desejado. O Parlamento e o Poder

⁹⁰ Cf. Análise dos Contratos de Programa, disponível em < <https://ceri.fgv.br/publicacoes/research-teaser-55-dos-contratos-firmados-entre-companhias-estaduais-de-saneamento> >. Acessado 01 dez 2021.

⁹¹ Cf. o referido Estudo da FGV: “Segundo informa o SNIS (2018), 26% dos municípios atendidos por CESBs encontram-se em situação irregular quanto ao abastecimento de água, sendo que em 21% a delegação está vencida e em 5% deles não há instrumento de delegação formalizado” (op. cit.).

⁹² Importante frisar que o §3º do art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005, prevê serem nulas as cláusulas de contratos de programa que atribuam ao contratado os poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

Executivo buscaram alterar este quadro e trazer novos investimentos ao setor por meio de uma nova reforma regulatória, promulgada pelo Novo Marco com o intuito de reforçar o trabalho iniciado pela LNSB.

2.3 Do advento do Novo Marco

A Lei nº 14.026, de 2020 (Novo Marco), de iniciativa do Poder Executivo⁹³, havia sido precedida por duas Medidas Provisórias (nº 844 e 868)⁹⁴, cujos efeitos não lograram êxito em serem ratificados pelo Parlamento, expirando seu prazo no decurso do termo constitucionalmente atribuído⁹⁵⁻⁹⁶.

Segundo a exposição de motivos das medidas provisórias, o objetivo da reforma regulatória no setor seria “*garantir maior segurança jurídica aos investimentos no setor de saneamento básico e aperfeiçoar a legislação de gestão de recursos hídricos e a de saneamento básico, assim como a interação entre as políticas públicas dessas duas áreas*”.

A mensagem de encaminhamento do Projeto de Lei ao Presidente da República, que posteriormente foi encaminhada à Câmara dos Deputados, mediante ofício EMI nº 00184/2019 ME MDR, expôs o móvel de se desenvolverem parcerias para captação de investimentos privados:

2. Após dos doze anos de vigência da Lei nº 11.445/2007, a população brasileira ainda enfrenta graves problemas de acesso aos serviços públicos de saneamento básico. Enquanto a cobertura por rede de abastecimento de água é relativamente alta, a cobertura de domicílios por rede coletora de esgoto e por coleta e destinação ambientalmente adequada de lixo está ainda longe do ideal no Brasil. 3. Pelos dados do Sistema Nacional de Informações de Saneamento Básico – SNIS (2017), 96,4 % da população urbana é abastecida com água por rede de

⁹³ Vide discussões do Projeto de Lei nº 4.162, de 2019.

⁹⁴ Ver Medida Provisória nº 844, de 6 de julho de 2018, e a Medida Provisória nº 868, de 27 de dezembro de 2018. O conteúdo de ambas das medidas provisórias é idêntico. Oportuno consignar, adicionalmente, que a reforma regulatória do setor de saneamento básico já vinha sendo objeto de debates desde o segundo semestre de 2017, quando o então Ministério das Cidades (hoje Ministério de Desenvolvimento Regional) disponibilizou uma minuta preliminar de medida provisória para comentários e sugestões de agentes do setor.

⁹⁵ Cf. art. 62 da Constituição Federal.

⁹⁶ Críticas à realização da reforma por meio de Medida Provisória pode ser encontrada em SOUZA, Rodrigo Pagani; e ALVIM, Tiago Cripa. Saneamento básico e insegurança jurídica: comentários à Medida Provisória 844/2018. In: **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, ano 20, nº 48, p. 287-308, março-abril/2019.

distribuição ou por poço ou nascente com canalização interna, mas apenas 67,1% da população rural é atendida por este tipo de abastecimento. Portanto, 92,9% da população brasileira, urbana e rural, é abastecida por água. O índice de perda de água na distribuição no Brasil também chama a atenção: 38,3%, segundo os dados do SNIS. Ou seja, quase 4 litros de água tratada são desperdiçados para cada 10 litros produzidos. 4. Em relação à população rural e urbana servida por rede coletora ou fossa séptica para esgotamento sanitário, o percentual é de 73,1%, segundo o SNIS, embora o índice de tratamento do esgoto coletado não ultrapasse os 44,9%. A expansão desordenada dos grandes centros urbanos agrava a coleta e o tratamento do esgoto sanitário, acrescido de praticamente ausência da coleta ou tratamento no meio rural brasileiro. 5. Além disso, há um déficit de 40,8 e 103,2 milhões de brasileiros sem acesso às infraestruturas de abastecimento de água e esgotamento sanitário, respectivamente. A situação é ainda pior quando se analisa o atendimento de esgotamento sanitário. Segundo dados do SNIS (2017) 52,5% dos brasileiros são servidos por rede coletora ou fossa séptica. Além disso, a existência da rede coletora de esgoto, por exemplo, não garante que o esgoto seja corretamente tratado antes de sua disposição, afetando a qualidade do corpo hídrico que o recebe. 7. Em relação aos prestadores de serviço, o SNIS (2017) mostra o seguinte quadro: 68,9% são Empresas Estaduais de Economia Mista; 17,4% são da Administração Pública direta; 9,3% são Autarquias; 2,9% são empresas privadas; 1,4% são empresas públicas e 0,1 são Organizações Sociais. Breve análise desses dados projeto para a necessidade de investimentos de pelo menos R\$ 22 bilhões por ano para alcançar a universalização do acesso a esses serviços. E numa conjuntura de grave crise fiscal com restrição de investimentos públicos, ao Governo Federal só resta constituir sólidas parcerias com a iniciativa privada, com apoio imprescindível dos Estados e Municípios e com o interesse único de levar conforto, qualidade de vida e saúde aos brasileiros desassistidos.

Fica claro então que o Novo Marco buscou fomentar a participação privada no setor de água e esgoto, com o intuito de viabilizar a obtenção dos recursos necessários para fins da célere universalização do saneamento. Ele veio, portanto, com nobres intenções, em linha, a princípio, com as ideias que já se pregava na LNSB. Eis seus pontos principais:

- (i) alteração das competências e da designação da ANA, que passou a se chamar Agência Nacional de Águas e “*Saneamento Básico*”, atribuindo-lhe competências para dispor de “normas de referência” para a regulação do setor, com diretrizes sobre questões inerentes a regulação econômica que vem sendo desenvolvida pelas entidades de regulação;

- (ii) terminar com prestações materiais juridicamente irregulares, mediante introdução de maior competição pelo mercado de água e esgoto, com a restrição da atuação de CESBs por meio da viabilização de sua privatização e da exigência de celebração de contratos de concessão precedidos de licitação sempre que os titulares desejarem trespassar seus serviços para terceiros alheios as suas esferas administrativas (não mais permitindo os referidos contratos de programa que eram contratados diretamente, sem certame licitatório);
- (iii) introdução da exigência de metas obrigatórias para universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário, para além de metas na gestão de perdas d'água e qualidade dos serviços, exigindo a revisão dos contratos vigentes para inclusão destes objetivos de investimento⁹⁷; e
- (iv) fomento à prestação regionalizada dos serviços de saneamento, buscando agregar transparência às economias de escala e escopo dos serviços, com políticas de subsídios tarifários que viabilizem investimentos em municípios que isoladamente não deteriam condições para garantir sustentabilidade econômico-financeira da operação adequada dos serviços⁹⁸.

Os quatro pontos acima influenciam sensivelmente a regulação de preços, seja porque buscarão imprimir referência nacional para a estruturação de regulações locais, seja porque fomentam uma verdadeira reformulação da política de subsídios cruzados entre diferentes localidades, seja porque ao exigir prévio processo licitatório para delegação de contratos afetarão a adoção das modalidades regulatórias hoje em curso no setor, seja ainda porque exigirão metas de investimento cujo lastro dependerá de cuidadosa revisão contratual de conseqüente análise dos pilares da regulação econômica, equilibrando a viabilidade econômico-financeira, com a modicidade tarifária e a eficiência.

⁹⁷ Cf., p.ex., art. 11-B da LNSB, após a redação do Novo Marco, “Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.”

⁹⁸ Lembrando, por oportuno, que prestação adequada para os serviços de saneamento básico vai além dos preceitos do § 1º do art. 6º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Nesse sentido, recomenda-se ver os princípios que dirigem a prestação dos serviços de saneamento básico, conforme art. 2º da LNSB.

Trata-se de questões que impactam na aplicação da regulação econômica e cuja formação e contexto precisam ser devidamente conhecidas. Com efeito, convém esclarecer o porquê se entende que o Novo Marco foi estruturado fundamentalmente sobre estes 4 (quatro) pilares de intrínseca relação com a regulação econômica.

Sob a perspectiva empresarial privada, pode-se afirmar que investimentos são realizados quando há bom retorno ao capital e há segurança jurídica, com previsibilidade para atuação econômica. A análise do retorno de capital depende da modelagem dos projetos de investimento, sob responsabilidade para cada titular, muitas vezes apoiados por programas do governo federal mediante suporte pelo BNDES⁹⁹ e pela CAIXA, via Fundo de Apoio à Estruturação de Projetos de Concessão e PPP – FEP/CAIXA¹⁰⁰. Ou seja, neste campo, a União já atuava para apoiar os governos locais, trabalhando no fomento da estruturação de projetos com sustentabilidade econômico-financeira.

Acontece que a regulação independente não tinha, até então, atenção ou apoio federal. A regulação setorial era pulverizada com meia centena de agências reguladoras espalhadas pelo país¹⁰¹. Essa pluralidade de agentes reguladores, somada à interpretação de que haveria titularidade municipal como regra para se organizarem os serviços de saneamento básico, acabou por gerar alto custo regulatório dos prestadores, atraindo insegurança jurídica e afastando previsibilidade para os investidores.

Daí o primeiro pilar do Novo Marco ser a atribuição à ANA de competências para editar “normas de referência” sobre diversos aspectos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos dos serviços de saneamento básico. Estas normas, sobretudo por força da indução via política de investimentos federais, devem servir de guia mestra para práticas minimamente uniformes de regulação no setor de saneamento, com fortalecimento da regulação independente dos serviços públicos¹⁰².

⁹⁹ As informações sobre os projetos de saneamento básico apoiados pelo BNDES estão disponíveis em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento>. Acesso em: 13 jul. 2021.

¹⁰⁰ Cujas informações estão disponíveis em: <https://www.caixa.gov.br/poder-publico/modernizacao-gestao/parcerias-publico-privadas/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 13 jul. 2021.

¹⁰¹ Ver, por exemplo, o número de agências reguladoras contatadas pela ABAR para fins da pesquisa realizada em conjunto com o Instituto Trata Brasil, somando ao todo 66 entes de regulação. A íntegra da pesquisa, que diz respeito às percepções das agências reguladoras sobre o Novo Marco (denominada “Percepção das Agências Reguladoras Infranacionais quanto à atualização do Marco Regulatório do Saneamento Básico”, datada de fevereiro de 2021), está disponível em: <https://abar.org.br/biblioteca/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

¹⁰² Oportuno reproduzir o seguinte trecho de estudo lançado em 2020 pela ABAR, sobre o diagnóstico da regulação no Brasil observadas as normas vigentes no ano calendário de 2019: “Entre as 30 ARSBs

Espera-se também que as normas de referência da ANA agreguem qualidade aos normativos de regulação dos reguladores locais. Não se trata só de uniformizar, como igualmente é aguardado salto de qualidade das normas regulatórias, garantindo segurança jurídica¹⁰³.

Se a atribuição de competências à ANA resolveria o desafio da insegurança jurídica e reduziria custos regulatórios para os investidores privados, ainda restava a questão de como ampliar o investimento privado no setor de saneamento básico e endereçar situações juridicamente irregulares dos contratos da época do PLANASA. Afinal, como fazê-lo dentro de um cenário no qual cerca de 70% da prestação dos serviços de saneamento básico seguiria nas mãos das CESBs¹⁰⁴?

A proposta do governo federal para endereçar o referido questionamento foi a de introduzir metas de universalização e competição no setor.

O Novo Marco positivou algumas das metas de investimento que estavam previstas no PLANSAB para os casos em que os serviços de saneamento básico fossem organizados por contratos com terceiros alheios a esfera dos titulares. Exige-se a universalização dos serviços de água e esgoto até 2033, com a necessidade de adequação dos contratos vigentes, ou complementação de investimentos por parte do titular, observada a capacidade dos projetos de financiarem *per se* os aportes que eventualmente se fizerem necessários¹⁰⁵.

Será preciso observar metas nacionais, revisando-se contratos vigentes que não detêm direito adquirido a um regime jurídico para prestação material dos serviços, mas tão somente merecem proteção diante da sua equação econômico-financeira, devendo se

participantes da pesquisa existem 119 normas e/ou resoluções que tratam das condições da prestação dos serviços; 24 normas e/ou resoluções que tratam de ouvidoria; 125 normas e/ou resoluções que tratam de regulação técnica; 460 normas e/ou resoluções que tratam de regulação econômica; 45 normas e/ou resoluções que tratam de fiscalização; e 84 normas e/ou resoluções que tratam de outros tópicos”. (In: <https://abar.org.br/2020/11/19/abar-lanca-nova-pesquisa-sobre-regulacao-no-setor-de-saneamento/>. p. 31. Acesso em: 31 jul. 2021.)

¹⁰³ Não por outro motivo o § 7º do art. 4º-A da Lei nº 9.984, de 2000, sob redação do Novo Marco, prevê “[...] a ANA zelará pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços [...]”.

¹⁰⁴ Preocupação essa igualmente endereçada no ofício EMI nº 00184/2019 ME MDR, *in verbis*: “8. Trata-se de um setor altamente monopolizado, onde as empresas estaduais possuem forte predomínio e a iniciativa privada está presente em apenas 6% dos municípios, apesar de representar mais de 20% dos investimentos realizados no setor. O setor de saneamento básico no país acumula índices preocupantes de cobertura, comprometendo a saúde da população, principalmente daquela menos assistida pelas políticas públicas, e necessita de respostas ousadas e factíveis.”

¹⁰⁵ Conforme teste regulatório de sustentabilidade econômico-financeira dos operadores e dos contratos, regulado pelo Decreto federal nº 10.710, de 2021.

ajustar o investimento originalmente pactuado com as mudanças nos encargos relativos à universalização dos serviços públicos de água e esgoto.

Os contratos que não forem revistos para incorporar as metas serão tidos como irregulares e passíveis de serem encampados pelos seus titulares.

No campo da competição ficou decidido inicialmente que nem tanto deveria se privilegiar os privados, tampouco seriam beneficiados operadores públicos. A verdadeira competição para prestar materialmente os serviços de saneamento básico seria a resposta para a alocação eficiente de recursos para universalização tempestiva.

Em um primeiro momento, quando da publicação das Medidas Provisórias que antecederam o Novo Marco, a solução passou pela introdução de um complexo e intrincado sistema de chamamento público, cujo desdobramento poderia dar azo à contratação de contrato de programa, ou, alternativamente, de contrato de concessão. Explica-se. Ao analisar a antiga proposta de introdução do art. 10-A na LNSB¹⁰⁶, observa-

¹⁰⁶ A redação da proposta trazida pela Medida Provisória nº 844, de julho de 2018 era a seguinte:

“Art. 10-A - Nas hipóteses legais de dispensa de licitação, anteriormente à celebração de contrato de programa, previsto na Lei nº 11.107, de 2005, o titular dos serviços publicará edital de chamamento público com vistas a angariar a proposta de manifestação de interesse mais eficiente e vantajosa para a prestação descentralizada dos serviços públicos de saneamento.

§ 1º O edital de chamamento público a que se refere o **caput** estabelecerá prazo mínimo de trinta dias para apresentação das propostas, que conterão, entre outros:

I - o objeto e o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, inclusive quanto à eventual prorrogação;

II - a forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

III - as tarifas a serem praticadas e a metodologia de reajuste, conforme as diretrizes regulatórias do setor de saneamento básico;

IV - o plano e o cronograma de investimentos a serem realizados para a prestação adequada dos serviços públicos de saneamento básico;

V - os índices de qualidade de serviços e as metas parciais e finais a serem atingidas, de acordo com o plano e o cronograma propostos; e

VI - o valor estimado do contrato de programa ou do contrato.

§ 2º O proponente poderá adicionar à sua proposta de tarifa a ser praticada, conforme previsto no edital, percentual mínimo de adicional tarifário que será destinado à conta estadual para a promoção de programas de saneamento básico, que priorizará o financiamento de investimentos em saneamento básico nos Municípios que apresentarem os menores índices de cobertura, de acordo com os parâmetros estabelecidos em lei estadual.

§ 3º Na hipótese de, no mínimo, um prestador de serviço além do interessado em celebrar contrato de programa demonstrar interesse no chamamento previsto no **caput**, será instituído processo licitatório, nos termos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na Lei nº 8.987, de 1995, e na Lei nº 11.079, de 2004.

§ 4º Na hipótese de não haver o número de interessados previsto no § 3º no chamamento público, o titular poderá proceder à assinatura de contrato de programa com dispensa de licitação, conforme o disposto no inciso XXVI do **caput** do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 5º O chamamento público previsto no **caput** não será exigível nas seguintes hipóteses:

I - prorrogação única do prazo de vigência dos contratos de programa pelo prazo de até dois anos; e

II - celebração ou aditamento de contratos de programa vigentes, no contexto de alienação do controle acionário de companhia estatal prestadora de serviços públicos de saneamento básico ou de delegação de seus serviços à iniciativa privada. (NR)”

se que a dispensa de licitação para contratação de programa com CESBs deveria ser precedida de chamamento público, sobre o qual bastaria um único interessado se manifestar para obrigar ao titular dos serviços a suspender o processo de contratação direta e iniciar processo para delegação de concessão, com procedimento licitatório aberto para estatais e investidores privados.

A solução, todavia, não prosperou. Era inconveniente sob a perspectiva jurídico-operacional, já que seria difícil provar que esta dinâmica asseguraria a contratação mais “*eficiente e vantajosa*” à prestação dos serviços de saneamento básico, havendo inúmeras dúvidas e brechas de questionamento para serem exploradas pelos órgãos de controle¹⁰⁷.

Apesar disso tudo, parece que a alternativa proposta para introduzir competição no saneamento deixou de prosperar por outro motivo: a discussão de subsídio cruzado.

Após a publicação das Medidas Provisórias, não foram poucos aqueles que se insurgiram sobre a solução do chamamento público¹⁰⁸, argumentando que o instituto proposto acabaria por prejudicar a lógica de subsídio cruzado operada há muito no setor, pela qual as CESBs arrecadariam tarifas em localidades superavitárias para realizar investimentos em regiões cuja capacidade financeira dos usuários não permitiria o prosseguimento da universalização.

O problema estaria no fato de que o investidor privado, guiado pelo lucro, somente teria interesse em competir pela delegação dos serviços nas regiões em que os titulares ou os usuários detivessem boas condições econômico-financeiras para financiar investimentos. Às CESBs sobraria o restante das localidades, vendo-se obrigadas a pagar uma conta sem o superavit das regiões mais abonadas. No jargão que se utilizou largamente durante os debates, as estatais estaduais ficariam com o “osso”, enquanto os investidores privados ficariam com o “filé”. Até porque o privado estaria mais acostumado com a lógica licitatória, ainda distante para as estatais que realizavam contratações diretas, via dispensa de licitação.

¹⁰⁷ Críticas jurídicas ao processo de chamamento público foram lançadas, por exemplo, por Rodrigo Pagani e Tiago Cripa Alvim, cf. **Saneamento básico e insegurança jurídica**: comentários à Medida Provisória 844/2018. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 48, março-abril/2019.

¹⁰⁸ Ver, por exemplo, nota conjunta assinada pela Associação Brasileira de Municípios – ABM; Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR; Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental – ABES; Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESB; Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento – ASSEMAE; Federação Nacional dos Urbanitários – FNU; Frente Nacional de Prefeitos – FNP; e Frente Nacional pelo Saneamento Ambiental – FNSA. Disponível em: <http://abes-sp.org.br/nota-conjunta-contra-a-reedicao-da-medida-provisoria-que-revisa-o-marco-legal-do-saneamento/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

Este debate colocou luz em dois elementos de como a prestação dos serviços de saneamento básico no Brasil deve ser organizada. O primeiro elemento é que o subsídio cruzado operado pelas CESBs não era suficientemente transparente, impedindo avaliações da sua efetiva eficiência para viabilizar investimentos em diferentes regiões. E tudo isso porque os subsídios seriam realizados dentro do caixa e estrutura de custos das empresas estatais. Não há contabilidade clara ou norma que tenha conseguido operar a devida prestação de contas desta política, definida exclusivamente pela gestão das companhias – e não pelos titulares dos serviços, entidades reguladoras, ou mesmo nos contratos de programa. O segundo elemento diz respeito ao debate de que o saneamento, embora de competência, em regra, local, precisa de soluções regionais¹⁰⁹. Isto é, apesar da competência municipal, a operação eficiente dos investimentos no setor depende de escala, a qual somente é alcançada mediante agrupamento de diversos titulares¹¹⁰.

Como forma de evoluir nas discussões acima e prosseguir com a reforma regulatória do setor – lembre-se, para captar recursos necessários à universalização – optou-se por, no projeto de lei do Novo Marco (*i.e.* Projeto de Lei nº 4.162/2019), introduzir dois pilares diferentes nas diretrizes do saneamento básico.

Para superar situações irregulares e solucionar a discussão de competição entre público com o privado, decidiu-se por proibir a celebração de contratos de programa no âmbito dos serviços de saneamento básico, existindo a possibilidade de se utilizar desta ferramenta para gestão associada de outros serviços públicos. Com isso, a competição estaria sempre na ordem do dia, para toda delegação dos serviços de abastecimento de água ou coleta de esgoto, não mais precisando de chamamento público. As operações irregulares cairiam com o tempo e as novas delegações carregariam regime concessório, a princípio, mais transparente e regulado.

¹⁰⁹ A realidade econômica do saneamento básico, sim, induz ao pensamento automático que maior a região, mais eficiente, seria a prestação dos serviços públicos. E tudo porque se trata de uma indústria de rede, pela qual haveria inegável ganho de escala e escopo diante da incorporação de novas ligações. Isso, contudo, nem sempre leva a lógica de se faz preciso aglutinar regiões para ter viabilidade econômico-financeira nos serviços. É verdade que há situações em que a prestação de parcela de uma localidade, em razão das suas características técnicas e econômicas, exigiria a prestação segregada dos serviços, ou, alternativamente, soluções específicas.

¹¹⁰ Nenhum dos dois é novidade para os agentes do setor, que já se discutia há bastante tempo as formas de dar maior transparência aos subsídios operados no saneamento, bem como as questões inerentes à formação de agrupamentos municipais para fins de eficientizar a prestação material de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Basta ver, respectivamente, os estudos publicados pela ABAR, bem como as discussões judiciais em torno das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

De outro giro, para solucionar a questão do subsídio cruzado, operou-se reforma na legislação para incentivar a estruturação de blocos de municípios, sejam eles limítrofes (como já autorizado pelo art. 25, § 3º da Constituição Federal), sejam eles distantes uns dos outros (por meio de novas modalidades de prestação regionalizada: unidade regional de saneamento básico e bloco de referência). Desta forma, o subsídio cruzado poderia seguir como instrumento para universalização, mas sua utilização passaria a ser regulada de forma institucional, dentro de blocos municipais.

Pronto. Aqui estão os quatro pilares do Novo Marco. Todos buscam atrair investimentos ao setor para alcançar a universalização (foco principal da política pública nacional para o saneamento), reforçando a segurança jurídica e previsibilidade da atuação estatal. E todos detêm íntima relação com os institutos jurídicos da regulação de preços.

A supervisão/orientação regulatória da ANA serviria para reduzir a insegurança jurídica advinda da multiplicidade de agentes reguladores, trabalhando, adicionalmente, para aprimorar a qualidade das normas gerais e abstratas de regulação, assim como para fomentar a adoção de mecanismos de regulação independentes qualitativos. As metas de universalização são utilizadas pela legislação para permitir previsibilidade jurídica aos investimentos que são esperados dos contratados, exigindo análise de sustentabilidade econômico-financeira para adequação de contratos vigentes, ao passo que também fomentará a eliminação reflexa dos contratos irregulares. A introdução da competição pela prestação material dos serviços, independentemente de o prestador ser estatal ou ser privado, fomenta avaliação sobre as modalidades de regulação à disposição das entidades regulatórias, com particulares pleiteando maior foco nas condições das propostas dos interessados, devendo acompanhar preponderantemente aquilo que estiver prescrito nos contratos de concessão. E o fomento à regionalização buscará manter a atual lógica de subsídio cruzado entre diferentes localidades, mas agora sob outra roupagem, mais institucional e, a princípio, transparente.

Em julgamento encerrado pelo STF na sessão plenária de 02 de dezembro de 2021¹¹¹, a Suprema Corte afastou as dúvidas acerca da constitucionalidade do Novo Marco, reconhecendo o esforço do Poder Executivo e do legislador nacional para buscar

¹¹¹ Ver as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.492, 6.583, 6.536 e 6.882 propostas respectivamente pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), assim como pela Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento (ASSEMAE), pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Socialista Brasileiro (PSB), e pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE).

superar os entraves ao investimento no saneamento, completando as reformas regulatórias iniciadas pela LNSB.

Só convém ressaltar que embora bastante positivo para manter as alterações normativas do Novo Marco, o julgamento ainda não teve seu acórdão publicado e deixou de esclarecer todas as dúvidas decorrentes da aplicação da complexa legislação, até mesmo em função da limitação de discutir seus impactos práticos e concretos em sede de controle concentrado de constitucionalidade. O assunto segue vivo nos debates jurídicos, detendo importantes reflexos para atuação regulatória.

3 NOÇÕES DA REGULAÇÃO ECONÔMICA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

3.1 Da noção de regulação econômica

A noção de regulação no Direito brasileiro não detém conceituação unívoca. A legislação não fixa um conceito sistemático do assunto. E a literatura especializada tampouco aparenta deter um conceito determinado e pacífico do tema¹¹².

É necessário, portanto, retomarmos algumas premissas deste trabalho, consolidando a noção para o conceito de regulação econômica, aqui estudada.

Viu-se que a regulação econômica não se confunde com a fixação de políticas públicas, atividade de planejamento ou mesmo da organização da prestação material de serviços públicos. Estes pontos já foram abordados neste trabalho e detém características

¹¹² Floriano de Azevedo Marques Neto leciona sobre o assunto, deixando claro não ser uniforme na doutrina uma acepção específica de regulação, motivo pelo qual se faz necessário adotar uma noção de regulação para fins de qualquer explanação sobre o tema. Marques Neto esclarece que alguns autores entendem que o Estado regula mediante qualquer um dos meios de intervenção na ordem econômica, inclusive mediante intervenção direta, enquanto, de outro giro, haveria quem restrinja a atividade regulatória ao exercício da função normativa sobre a ação privada nas atividades econômicas em sentido estrito. Para Marques Neto, a regulação pode ser definida como sendo “a função pública de intervenção em face da ordem econômica pela qual o Estado restringe, condiciona, disciplina, promove ou organiza as iniciativas públicas e privadas na atividade econômica, com vistas a assegurar seu funcionamento equilibrado e a realização de objetivos de interesse público” (Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: Berenice de Souza Cordeiro (coord.). **Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de saneamento básico**. Brasília: Editora, 2009, p. 165 e seguintes).

jurídicas distintas, embora detenham o condão de influenciar na forma como a regulação econômica é estruturada pelas entidades reguladoras.

A regulação econômica ora estudada deve ser entendida como aquela utilizada pelas entidades reguladoras para definir os preços praticados na prestação material de serviços públicos¹¹³. Especificamente é a regulação que busca manter as condições econômico-financeiras dos preços praticados para prestação adequada dos serviços ao mesmo tempo que objetiva manter modicidade tarifária e fomentar a eficiência do oferecimento material do fornecimento de utilidades e comodidades aos usuários.

Sabe-se que esta noção não se coaduna com o entendimento de autores que compreendem caber a atividade de regulação tão somente o controle de atividades econômicas em sentido estrito¹¹⁴, desempenhadas pelos particulares livremente, desde que em atenção o que for vedado pela lei (atividades econômicas previstas no parágrafo único do art. 170 c.c. art. 173 da Constituição Federal). Para estes autores, a palavra regulação não se aplicaria para os serviços públicos (com previsão constitucional no art. 175 da Constituição Federal). Por serem atividades de titularidade estatal sua delegação para terceiros somente exigiria a atuação de controle da prestação adequada, mediante regulamentação das atividades que potencialmente sejam trespassadas.

Este entendimento, todavia, não parece adequado ao saneamento básico. A LNSB expressamente prevê contornos para o exercício da função reguladora, ainda que a mesma legislação reconheça que o saneamento básico deva ser considerado um serviço público. Logo, a legislação congrega o exercício da função reguladora com a prestação dos serviços públicos, unificando suas noções jurídicas.

E isso sem deixar de mencionar que a atividade de controle da prestação material dos serviços ainda poderá ser executada, em paralelo com o exercício da função regulatória, pelo titular delegatário dos serviços de saneamento. Dito de outra forma, o

¹¹³ Logo, não se está tratando aqui do exercício da chamada função ordenadora ou regulatória estrita, que foca na intervenção do Estado na propriedade privada quando do exercício da liberdade de iniciativa, em meio de atividades econômicas em sentido estrito. Sobre os contornos da função ordenadora e regulatória de atividades econômicas em sentido estrito recomenda-se a leitura de SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993; bem como de BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹¹⁴ Vale-se do conceito de Eros Roberto Grau, que segrega atividade econômica em sentido lato em três espécies, quais sejam: atividade econômica em sentido estrito, serviço público e atividade ilícita. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

controle da prestação adequada dos serviços públicos pelo ente delegante não parece elidir o exercício da atividade regulatória, que, no saneamento, detém conotação legal específica de independência e autonomia, e aqui importa na fixação dos preços praticados no bojo do oferecimento de tais serviços.

Ademais, entende-se importante diferenciar a noção de regulação aqui abordada da simples “regulamentação legal”. Isto é, a regulação de preços não está lastreada necessariamente no exercício da competência prescrita ao Poder Executivo para providenciar a fiel execução da legislação, exercida com base no art. 84, inc. IV da Constituição Federal. O exercício da função de regulação econômica tem sim base neste racional jurídico, mas não só.

Abreviando extenso debate acerca dos fundamentos da atividade normativa na função regulatória¹¹⁵, cabe esclarecer o entendimento de que o poder normativo das entidades de regulação também se justifica pela especificidade do corpo técnico da entidade reguladora, assim como pelo vínculo de sujeição especial que se estabelece entre o prestador dos serviços públicos e a entidade reguladora. Entende-se que esta sujeição especial¹¹⁶ deve ser entendida como a submissão daquele que detém o interesse em prestar serviços sob titularidade estatal às regras que o Poder Público fixa para assegurar a prestação adequada daquilo que lhe foi outorgado por lei (o que inclui as noções de equilíbrio econômico-financeiro, modicidade tarifária e eficiência operacional).

Como resultado, a regulação pode estabelecer normas gerais e abstratas sobre as tarifas praticadas pelos prestadores dos serviços públicos de saneamento básico, para além de atuar no seu controle, fiscalização, mediação de disputas com usuários e titulares, entre outras competências fixadas à entidade reguladora pela política pública do saneamento de cada titular.

¹¹⁵ Para maiores contornos deste debate, recomenda-se a leitura, por exemplo, de ANDRADE, Letícia Queiroz. Poder normativo das agências reguladoras: legitimação, extensão e controle. *In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador/BA. nº 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/leticia-queiroz-de-andrade/poder-normativo-das-agencias-reguladoras-legitimacao-extensao-e-controle>. Acesso em: 12 jul. 2021.

¹¹⁶ Entende-se a discussão entorno do conceito dos vínculos de sujeição especial, motivo pelo qual decidiu-se operacionalizar o conceito neste trabalho para fins metodológicos.

E, em termos de competência, vale observar que Vinícius Marques de Carvalho¹¹⁷ e Calixto Salomão Filho¹¹⁸ adotam acepções amplas dos poderes inerentes a função de regulação, englobando quaisquer medidas adotadas pelo Estado para ordenar atividade econômica, mesmo que seja serviço público.

Ao tratar das linhas gerais das competências normalmente atribuíveis aos reguladores, Marques Neto¹¹⁹ pontua seis importantes pilares: (i) as competências *normativas*, correspondentes à emissão de normas gerais e abstratas, em atenção ao disposto na legislação, mas não necessariamente do poder regulamentar atribuído ao chefe do Poder Executivo (*cf.* art. 84, inciso IV da Constituição Federal); (ii) as competências *adjudicatórias*, com intuito de emitir atos individuais e concretos, permitindo a integração de atores econômicos no setor de saneamento, isto é, outorgando competências materiais para exploração dos serviços e/ou uso dos bens públicos necessários para tanto (p. ex. conforme outorgas para captação de água e/ou lançamento de efluentes)¹²⁰; (iii) as competências *fiscalizatórias*, para acompanhar e monitorar a atuação dos operadores dos serviços, exigindo-lhes o cumprimento das normas contratuais e/ou estatutárias do setor; (iv) as competências *sancionatórias*, utilizadas para

¹¹⁷ “Como atividade regulatória, ou mesmo regulação, entendam-se as medidas de cunho legislativo ou administrativo por meio das quais o comportamento dos agentes econômicos é influenciado, controlado ou determinado, tendo em vista orientar esses agentes em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos, englobando toda forma de organização de atividade econômica pelo Estado, seja a intervenção pelo exercício de poder de polícia ou por meio da concessão de serviço público”, *cf.* CARVALHO, Vinícius Marques de. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 153.

¹¹⁸ “Pelas razões expostas acima, a acepção que se pretende atribuir ao termo ‘regulação’, a fim de estudar as concepções a seu respeito que têm influenciado o sistema brasileiro, é bastante propositadamente ampla. Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia. A concepção ampla justifica-se pelas mesmas razões invocadas acima. Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. - como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa. É, assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação.”, *cf.* SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 20-21.

¹¹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

¹²⁰ Importante pontuar aqui a discussão sobre o cabimento ou não de entes regulatórios servirem de poderes concedentes de serviços públicos, veementemente rechaçada pela doutrina em vista da perda de imparcialidade técnica que o corpo regulatório deveria deter. Não obstante, é verdade também que o setor de saneamento não pode descuidar de observar a interação do poder concedente com a entidade regulatória independente, por exemplo, a ponto de deixá-la de fora de discussões da regulação contratual. Discussão relevante para o setor ocorreu neste sentido no município de Mirassol, interior de São Paulo, cujos contornos são dados por Henrique Lago da Silveira, Patrícia Mutti e Mattos e por Pedro Benintendi Mazer (*cf.* Agências reguladoras devem integrar contratos de concessão de água e esgoto? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-11/opiniao-agencias-reguladoras-contratos-agua-esgoto>. Acesso em: 12 jul. 2021.

impor sanções contratuais e/ou legais, com objetivo de coibir e educar os agentes de mercado em face de violações aos direitos dos consumidores, dos padrões exigidos e/ou do abuso de falhas de mercado, mediante exercício de posição dominante; (v) as competências para *dirimir conflitos* (arbitral), disponível para dirimir conflitos advindos da prestação dos serviços (inclusive entre titular e prestador, ou entre diferentes prestadores), resguardada a prerrogativa de inafastabilidade de apreciação judicial (*vide* art. 5º, inciso XXV da Constituição Federal); e (vi) as competências de *recomendação*, sob as quais o regulador poderá propor alterações e aprimoramentos na política pública e no planejamento estatal, buscando alcançar maior eficiência na prestação material dos serviços de saneamento básico.

Existe, portanto, um amplo leque de competências que podem ser desempenhadas pelas entidades de regulação. No caso do saneamento entende-se adequado que tais competências estejam alinhadas com uma noção teleológica da regulação fixada por Gislene Rocha de Lima¹²¹, que apesar de escrita anteriormente ao Novo Marco, parece traduzir precisamente os contornos da regulação do saneamento tal qual prescrita pela legislação setorial:

Em uma visão teleológica da regulação proposta na Lei nº 11.445/2007, com base em seus dispositivos expressos, compete ao ente regulador, portanto, estabelecer padrões e normas relativos às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, fiscalizar e aplicar penalidades para garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas, bem como prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, observada a competência inerente aos órgãos e entidades do sistema nacional de defesa da concorrência, definir tarifas que assegurem o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos e a modicidade tarifária, aplicando mecanismos associados à eficiência e à eficácia dos serviços e à apropriação social dos ganhos de produtividade (art. 22, LNSB), cabendo-lhe exigir o fornecimento de dados e informações necessários para o desempenho de suas atividades (art. 25, LNSB), receber e se manifestar conclusivamente sobre as reclamações dos usuários dos serviços que não tenham sido suficientemente atendidas pelos prestadores dos serviços (art. 23, § 3º, LNSB), além de interpretar e fixar critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios (art. 25, § 2º, LNSB).

Como observado do texto, é importante delimitar que a entidade reguladora deverá, por lei, adotar um papel conciliatório, recebendo e se manifestando

¹²¹ LIMA, Gislene Rocha de. Modelos e mecanismos de regulação independente. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; MONTEIRO, Mario Augusto P.; MAIA MELO, Alisson José (org.). **Regulação do saneamento básico**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2013, p. 7-8.

conclusivamente sobre as reclamações que, a juízo dos interessados, não tenham sido suficientemente atendidas pelos prestadores dos serviços (*cf.* § 3º do art. 23); fiscalizar a fiel execução dos contratos e das metas referentes à prestação material dos serviços públicos de saneamento básico, eventualmente sancionado os operadores inadimplentes (*vide* art. 22º, inciso II); e editar normas referentes aos serviços.

Outros aspectos regulatórios também são fundamentais para o exercício material da atividade econômica, mas não necessariamente acabam por ser alvo de controle da regulação econômica do saneamento. É o caso, por exemplo, da defesa da concorrência (tal qual prescrito pela Lei nº 12.529, de 2011), assim como de defesa do consumidor (*cf.* Lei nº 8.078, de 1990), ou mesmo dos direitos universais dos usuários de serviços públicos (regulados pela Lei nº 13.460, de 2017)¹²².

Afastados estes outros aspectos regulatórios, é certo que a noção de regulação teleológica permite a execução de diferentes competências regulatória. Não analisar-se-ão todas as competências regulatórias que a noção anterior atribui para as entidades reguladoras. Este trabalho foca na regulação econômica e conseqüentemente acaba por analisar exclusivamente a fixação de políticas tarifárias, com sua interface na sustentabilidade econômico-financeira dos serviços por meio da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro das atividades de saneamento, a modicidade tarifária e a eficiência para prestação dos serviços públicos de água e esgoto. O uso de outras competências, como as fiscalizatórias, é invocado tão somente dentro do contexto da regulação de preços.

3.2 Do regime jurídico da regulação econômica do saneamento básico

¹²² Calixto Salomão Filho, por exemplo, segrega a regulação estatal do direito antitruste, veja-se: “em termos bem simples, a diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativa costuma chamar de atos de controle e fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restringe ao controle, mas a verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência”. (*cf.* SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 37.)

O titular não é, via de regra, o regulador¹²³. O titular detém competência para estruturar a política pública e o planejamento dos serviços sob sua competência, sem contar a atribuição de estruturar a sua prestação material mediante arranjo jurídico adequado. Se optada por solução contratual, por delegação ou gestão associada, o titular figura como contratante ou Poder Concedente.

É claro que o titular detém poderes de, por meio dos instrumentos contratuais, influenciar parte da regulação da prestação dos serviços. Basta ver que a legislação estabelece largo rol de cláusulas obrigatórias para as avenças concessórias (*vide* art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995¹²⁴, c.c. art. 5º da Lei nº 11.079, de 2004¹²⁵), como também prevê a obrigação de que os contratos de programa detenham clausulado mínimo - quando lhes era permitido atuar no saneamento (*cf.* art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005¹²⁶).

O Novo Marco alargou o rol de cláusulas mínimas dos instrumentos para organizar a prestação material do saneamento básico, exigindo, por exemplo, o necessário tratamento contratual das metas de redução de perdas d'água para validade das avenças contratuais (ver art. 10-A da LNSB, sob redação do Novo Marco¹²⁷).

¹²³ Anteriormente ao Novo Marco era permitida a regulação direta pelos prestadores quando a prestação material dos serviços de saneamento básico se dava pela forma direta, envolvendo órgão ou entidade ligada ao titular dos serviços. O Novo Marco alterou esta relação, exigindo regulação independente mesmo para estas situações de prestação direta, o que vem atraindo diversas críticas e discussões de constitucionalidade da medida.

¹²⁴ Art. 23 - São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; [...]

¹²⁵ Art. 5º - As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais [...].

¹²⁶ Art. 13 - Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. § 1º: O contrato de programa deverá: I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente, no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e [...]

¹²⁷ Art. 10-A - Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reuso de efluentes sanitários e do

Ou seja, o tratamento contratual da prestação material dos serviços permite ao Poder Concedente influenciar sensivelmente na regulação econômica das atividades do saneamento, guiado pela respectiva política pública, planejamento e legislação aplicável. Em última medida, o contrato é instrumento para pactuar a política tarifária e, portanto, avaliar a abrangência de atuação da entidade de regulação.

E como adverte Gustavo Kaercher Loureiro¹²⁸, a validade jurídica dos acordos de saneamento básico está subordinada ao cumprimento das formalidades prescritas na legislação à época da celebração das respectivas avenças¹²⁹. Conseqüentemente, o amplo clausulado exigido pela legislação – e que permite a influência do Poder Concedente na regulação dos serviços e sua política tarifária – é condição *sine qua non* de validade das avenças de delegação.

Por sua vez, o art. 22 da LNSB estabelece os objetivos da regulação do saneamento, sendo nítido dispositivo de política pública, que deve ser observado na atuação infralegal¹³⁰. Segundo o dispositivo, a regulação do saneamento se presta a (i)

aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados; II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reuso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

¹²⁸ Vide trabalho publicado pelo Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da FGV, sob título de “Apontamentos sobre o art. 10-B, da Lei 11.445/2007 e seu regulamento”. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes>. Acesso em: 21 jul. 2021.

¹²⁹ Por exemplo, sob a égide do art. 59, da Lei nº 8.666, de 1993, “A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”, no entanto, vale destacar que, nos termos do Parágrafo Único do dispositivo, “A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”. Para além da referida norma, vale citar que a nova legislação de contratações públicas, a Lei nº 14.133, de 2021, traz regramento diferente e inovador sobre a questão de nulidades em contratos administrativos, devendo introduzir reflexões quase que disruptivas para gestão desta modalidade de contratação, observando-se seus arts. 147 e seguintes.

¹³⁰ Segundo a redação do Decreto nº 7.217, de 2010, ainda pendente de atualização após publicação do Novo Marco, a regulação corresponde “todo e qualquer ato que discipline ou organize determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos, para atingir os objetivos do art. 27”. Os objetivos do art. 27 remetem àqueles esclarecidos anteriormente na LNSB.

Uma nota importante sobre a definição de regulação adotada pelo Decreto nº 7.217, de 2010, é aquela realizada por Gislene Rocha de Lima, segundo a qual a referida noção de regulação para os serviços de saneamento não deve ser interpretada de forma a olvidar ou excluir as atividades de fiscalização como integrantes do campo regulatório (cf. LIMA, Gislene Rocha. Modelos e mecanismos de regulação independente. In: GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; et al. **Regulação do saneamento básico**. Barueri, SP: Ed. Manole, 2013, p. 01-32).

estabelecer padrões e normas para prestação adequada dos serviços, com expansão da qualidade e satisfação dos usuários; (ii) garantir o cumprimento de metas e condições fixadas nos contratos de prestação material dos serviços, assim como nos planos dos titulares; (iii) prevenir e reprimir o abuso do poder de mercado, ressalvadas as competências outorgadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conforme Lei nº 12.529, de 2011; e (iv) definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária dos serviços, adotando-se mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços ao passo que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários.

Este último objetivo é o foco deste trabalho, já que serve para instrumentalizar os demais objetivos e congrega dos princípios do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos juntamente com a modicidade tarifária e a eficiência e eficácia dos serviços.

A LNSB fala muito da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços como ferramenta para viabilizar a sua prestação adequada¹³¹. Esta sustentabilidade é alcançada pelos cálculos técnicos realizados, por exemplo, para fixação de tarifas que precisam ser cobradas para a adequada prestação dos serviços, e, após delegação ou outorga dos serviços públicos, passa a ser instrumentalizada pela obrigação regulatória de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos serviços.

Isto é, a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços de água e esgoto exige a proteção do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de delegação, o qual deveria ter sido instrumentalizado de forma a observar (e a continuar observando) a modicidade tarifária e a eficiência operacional da prestação adequada dos serviços. A confluência destes três elementos jurídicos dá cor cerne do regime jurídico aplicável à regulação econômica do saneamento, norteando sua atuação.

A coordenação destes três institutos jurídicos fica a cargo da entidade reguladora e do Poder Concedente, cada qual em um momento distinto. O Poder Concedente atua na formatação do contrato de delegação ou gestão associada, enquanto a entidade de regulação atua no acompanhamento da sua execução, muito embora seja possível – e desejável – que o regulador colabore com o titular na formatação regulatória do instrumento de delegação¹³².

¹³¹ Vide p.ex. art. 2º, inc. VII; art. 8º, §2º; art. 11, inc. IV; art. 29; art. 35, §3º; e art. 49, inc. XIV.

¹³² Nunca é demais recordar que a existência de um regulador independente é condição de validade dos contratos de delegação e, por decorrência lógica, deve preceder a delegação dos serviços.

E não se quer dizer aqui que a regulação econômica dos serviços de saneamento básico deveria deixar de observar outros princípios ou garantias no bojo da sua atuação. É fato que a atuação da regulação econômica também deve considerar em seu regime jurídico os nortes dos princípios como a universalização dos serviços, a legalidade das atuações administrativas, isonomia entre os agentes regulados, garantias processuais de contraditório e ampla defesa, assim como o direito ao devido processo legal. Contudo, entende-se que tais princípios ou bem fazem parte de uma diretriz da política pública do setor (universalização, p.ex.); ou bem já estão incluídos nos três principais institutos jurídicos que dão o contorno ao centro do regime jurídico da regulação de preços do saneamento; ou bem ainda seriam questões afetas ao Direito Administrativo cuja observância seria desde já exigida para o exercício das competências atribuídas às entidades estatais.

Entende-se que o regime jurídico da regulação do saneamento estaria centrado, então, nos três principais institutos de equilíbrio econômico-financeiro, modicidade tarifária e eficiência. Abordar-se-á cada um na sequência.

3.3.1. A regulação econômica e o equilíbrio econômico-financeiro

O *equilíbrio econômico-financeiro* corresponde a uma garantia jurídica¹³³ de que a equação entre encargos e receitas de um contrato sejam preservados ao longo de toda a execução contratual. Precisa ser aferido de acordo com cada caso concreto, para apurar haveres e deveres fixados entre as partes¹³⁴.

Trata-se de garantia basilar dos particulares em contratos com a administração pública, haja vista, por exemplo, a possibilidade exorbitante de o contratante poder alterar unilateralmente as condições materiais de prestação dos serviços. Sem a garantia de que a equação econômico-financeira deveria perdurar diante de alterações unilaterais do

¹³³ Existe discussão atual sobre a origem da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, com autores defendendo sua base constitucional, no art. 37, inc. XXI da Constituição Brasileiro, enquanto outros autores defendem que seu lastro normativo seria exclusivamente legal, oriundo da legislação de contratos administrativos e concessórios, sem base constitucional. Não irá se adentrar neste debate, cujos contornos recomenda-se a leitura, por exemplo, de LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2020

¹³⁴ Sobre as dificuldades de se fixar em abstrato um conceito de equilíbrio econômico-financeiro, recomenda-se a leitura, p de CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 169 e seguintes.

contratante, ou mesmo de eventos adversos e imprevisíveis, possivelmente inexistiria apetite de risco para que particulares contratassem com o Estado, sobretudo quando consideradas relações contratuais de longo prazo.

Por essa razão, a legislação de concessões diz, por exemplo, que se mantém o equilíbrio econômico-financeiro da avença concessória sempre que forem mantidas as condições do contrato, sendo que a tarifa deverá ser preservada pelas regras de revisão previstas na legislação, no edital e no contrato.

A sustentabilidade econômico-financeira dos serviços está muito ligada, portanto, com a teoria de proteção e manutenção da equação econômico-financeira dos contratos firmados entre particulares e o Poder Público. Esta teoria detém alargada proteção das cláusulas financeiras dos contratos sempre que houver o exercício da prerrogativa de alteração unilateral do contrato, o advento de evento superveniente imprevisível ou previsível, mas de consequências imprevisíveis, ou mesmo sempre que houver a hipótese de atos governamentais alheios ao próprio contrato (fato do príncipe).

Tudo depende da prescrição contratual. Os contratos de prestação dos serviços podem prever proteção às condições fixadas quando dos lances nos certames licitatórios, muito observado, por exemplo, nos contratos de concessões rodoviárias, como também pode prever condições constantemente mutáveis, mantendo-se um equilíbrio que é revisitado periodicamente para reposicionamento de custos e receitas do contrato. É o caso por exemplo das concessões de distribuição de gás canalizado. Esta dinâmica depende da política tarifária fixada no contrato e nos normativos aplicáveis.

Acontece que a regulação do direito brasileiro não se restringiu a teoria mencionada acima, permitindo que o equilíbrio econômico-financeiro fosse além dos tradicionais contratos entre particulares e o Estado. No saneamento, parece que a garantia também acompanhou os contratos de cooperação, mediante contratos de programa, já que a manutenção econômico-financeira dos serviços públicos por vezes também é analisada sob a ótica do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa do titular dos serviços em face da estatal estadual, ou mesmo da vedação ao confisco dos investimentos realizados por estas empresas, mas que ainda não foram amortizados¹³⁵.

¹³⁵ Lembra-se, por exemplo, da redação do art. 42 da LNSB, bem como a interpretação conjunta de que mesmo os casos de prestação direta exigem entidades reguladoras, as quais por seu turno devem obedecer aos objetivos da regulação prescritos no art. 22. Fica claro, contudo, que estes objetivos não podem ser

O equilíbrio econômico-financeiro do saneamento deve ser lido de acordo com os seus contornos concretos, dependendo do arranjo jurídico utilizado para organizar a prestação material dos serviços, bem como das prescrições legais e contratuais acordadas entre as partes.

Diante destes elementos, a regulação econômica não tem outra opção que seja aquela de acompanhar as peculiaridades de cada arranjo jurídico, assim como de cada política tarifária contratualmente definida. Este ponto será abordado mais adiante, para estipular as diferentes modalidades de regulação de preços no saneamento. Por ora, é preciso entender os cuidados que a regulação econômica precisa despender em face da garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de saneamento em face da modicidade tarifária e da eficiência na prestação material destes serviços.

3.3.2. A regulação econômica e a modicidade tarifária

A *modicidade tarifária* corresponde a princípio jurídico que ordena a atuação do Poder Público na disponibilização de serviços públicos, sempre com o menor pagamento possível pelos usuários para assegurar serviços adequados. Olhada sobre a ótica negativa, a modicidade tarifária também serve para determinar regra que impede a estipulação de valores exorbitantes (desnecessários) para financiar a prestação de serviços sob titularidade estatal – ainda que delegados¹³⁶.

Noutras palavras, a modicidade tarifária funciona de diretriz para a atuação estatal no âmbito da formulação, execução e acompanhamento uma política tarifária, conforme

atendidos da mesma forma diante de arranjos jurídicos diferentes para prestação material dos serviços públicos.

¹³⁶ Mais que pertinente o alerta de Egon Moreira Bockman, a seguir transcrito: “A adequação do serviço vive em aparente tensão com a modicidade tarifária. Isso devido à má compreensão do que vêm a ser ‘adequação’ e ‘modicidade’ – como se fosse possível a definição apriorística (ou subjetiva) de tais atributos dos serviços concedidos (‘excelente’ e ‘barato’ versus ‘bom’ e ‘caro’). Em princípio pode-se dizer que o serviço adequado em vista das necessidades sociais definidas em seu regime estatutário e no contrato de concessão, ao passo que a tarifa será módica em relação aos deveres e obrigações também lá estabelecidos. Esta primeira aproximação pretende tornar claro que os conceitos de ‘serviço adequado’ e ‘modicidade tarifária’ são relacionais e objetivos. Relacionais devido ao fato de que resultam da comparação de dois ou mais objetos de análise: a prestação a ser executada; a obra a ser construída; o perfil socioeconômico dos usuários que serão beneficiados; o custo do dinheiro para as inversões; o prazo do contrato; a taxa de retorno viável etc. O exame de tais dados é que permitirá a conclusão quanto a serem (ou não) adequados o serviço e módica a tarifa. Por outro lado, são conceitos objetivos, pois as informações que permitem chegar a esta ou àquela conclusão são definidas no estatuto da concessão, na proposta e no respectivo contrato.” Cf.

definida no art. 175, parágrafo único, inc. III da Constituição Federal. Esta diretriz serve para direcionar a precificação de tarifas pela prestação de serviços públicos, assim como para proibir que a fixação destes valores gere ônus demasiado aos usuários.

Isso quer dizer que a modicidade tarifária está intrinsecamente ligada à política pública do saneamento (como aquelas de executar benefícios sociais e de universalização), ao passo que igualmente serve de importante instrumento para a regulação de preços, voltada a zelar pelo delicado equilíbrio entre o montante de recursos necessários para financiar a prestação dos serviços vis-à-vis a entrega de comodidades e utilidades em condições adequadas e preços baratos para os usuários.

A modicidade tarifária detém intrínseca relação com a sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços, devendo resguardar interesses dos prestadores e dos usuários, sempre diante das condições jurídicas objetivamente estipuladas na legislação do serviço e no contrato de delegação.

Isso não quer dizer, por outro lado, que sempre será resguardado o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos mediante ajustes tarifários. Jacintho Arruda Câmara¹³⁷ faz importante observação no sentido de que a relação entre os preços praticados numa concessão e o seu equilíbrio econômico-financeiro não é absoluta. Há casos que o aumento de tarifas é inviável. E efetivamente o Poder Concedente detém um amplo leque de opções para resguardar o equilíbrio econômico-financeira de uma avença concessória sem precisar recorrer ao aumento dos montantes cobrados junto aos usuários. Basta observar, por exemplo, a recorrente possibilidade de se alargar o prazo do contrato.

O ponto é que também não se pode negar a estreita relação entre a política tarifária em face da modicidade tarifária e da sustentabilidade econômico-financeira necessária para tornar um serviço público autossustentável e com prestação adequada aos usuários. Quanto a esta abordagem parece inexistirem dúvidas. E sobre ela que a regulação de preços deve trabalhar, focada no equilíbrio econômico-financeiro plasmado nos contratos e na legislação aplicável.

Convém esclarecer, ademais, que a modicidade tarifária não acarreta efeitos jurídicos somente ao Estado. Dela também é possível extrair verdadeiro direito público subjetivo dos usuários de que o pagamento pela prestação de um serviço público sempre

¹³⁷ Vide CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 163 e seguintes.

obedeça a razoabilidade e preços módicos. É dizer, os usuários têm o direito a preços módicos, podendo exigir a redução dos preços cobrados pelos serviços públicos na hipótese de se entender pela sua exorbitância em face das condições concretas, exigidas por lei e pelo contrato de delegação para prestação adequada dos serviços.

3.3.3. A regulação econômica e a eficiência para prestação adequada dos serviços

Por fim, a *eficiência* implica noutro princípio jurídico que direciona a atividade administrativa e é refletido na regulação econômica como elemento para apoiar no equilíbrio dos dois institutos jurídicos anteriores. É pela eficiência que o prestador dos serviços públicos deve reduzir custos operacionais e dividir seus ganhos com os usuários para permitir serviços adequados e mais baratos. Também é pela eficiência que a universalização ganha espaço, sendo necessariamente para alcançar valores módicos e atingir o equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que o setor de água e esgoto envolve importantes ganhos de escala e escopo.

A regulação econômica deve buscar fomentar a eficiência do operador por meio da política tarifária, para além de outras alternativas jurídicas (p.ex. pela aplicação de penalidades no descumprimento de previsão para subsídio a população de baixa renda ou mesmo pelo inadimplemento de parâmetros fixados para suportar a prestação adequada dos serviços). Fala-se, então, de regulação por incentivos, segundo a qual o operador é estimulado a reduzir seus custos, aumentando seus ganhos em um primeiro momento para posteriormente compartilhar parte dos resultados com os usuários.

Sob a ótica jurídica, a eficiência retira fundamento constitucional no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, podendo também ser observada nos objetivos fixados pela LNSB para a regulação setorial, refletindo os demais componentes da prestação adequada dos serviços públicos de água e esgoto, dentre os quais destaca-se continuidade, regularidade e qualidade.

Pela eficiência que se deve, por exemplo, assegurar a não intermitência dos serviços, ainda que no setor de abastecimento de água detenha características próprias de que os usuários utilizam caixas d'água para evitar falta de água. Também é pela eficiência que se deve buscar otimizar as chamadas perdas comerciais de água, com políticas de

promoção da cobrança tarifária que reforce o caixa e a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços.

A eficiência corresponde a um comando jurídico de racionalidade das garantias e direitos dos prestadores e usuários, conjugando aspectos técnicos com a própria regulação de preços. E isso sempre ponderando questões econômico-financeiras para manutenção dos serviços e a modicidade tarifária dos valores praticados pelos prestadores.

3.3 Questões econômicas inerentes à regulação do saneamento básico

A regulação econômica do saneamento se ocupa de diversos aspectos da fixação dos preços cobrados pela prestação material dos serviços, buscando resguardar o equilíbrio econômico-financeiro, a modicidade tarifária e a eficiência.

O trabalho do regulador precisa se atentar para as características do mercado de saneamento básico, cujos contornos apontam falhas de mercado às condições ideais de competição, com reflexos que a regulação busca combater¹³⁸.

Apresenta-se, neste tópico, apertada síntese tanto das tradicionais falhas de mercado assinaladas ao saneamento sob a perspectiva da literatura jurídico-econômica, como também aqueles pontos que de certa maneira influenciam a eficiência da prestação dos serviços públicos em vista de características técnicas e fenomênicas dos serviços de água e esgotamento sanitário.

Assim, de início, convém trazer a ideia de que a regulação setorial busca mitigar certas falhas de mercado inerentes às atividades de saneamento básico, para introduzir reflexos de concorrência, encontrando a alocação ótima de recursos, alcançando o

¹³⁸ Nas palavras de Bruno Aguiar Carrara de Melo e Frederico Araújo Turolla, “a livre competição entre agentes é considerada como o principal promotor da eficiência, seja de natureza produtiva, alocativa ou dinâmica. No entanto, para que haja essa eficiência, alguns pressupostos institucionais devem ser respeitados, como a clara definição de propriedade sobre bens e serviços, simetria na distribuição da informação entre agentes, adequada coordenação entre os agentes dentro das cadeias produtivas, inexistência de fontes de poder de mercado, entre outros. Quando esses pressupostos não são atendidos e o mercado apresenta algum grau de ineficiência, tem-se uma situação conhecida como falha de mercado. [...] a regulação, dessa forma, pode ser entendida como ferramenta para compensar as falhas de mercado, de maneira a garantir maior eficiência econômica” (cf. MELO, Bruno Aguiar Carrara de; TUROLLA, Frederico Araújo. Modelos de regulação tarifária e a Lei nº 11.445/2007: as alternativas possíveis. In: GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; *et. al.* **Regulação do saneamento básico**. Barueri/SP: Ed. Manole, 2013, p. 125 e seguintes).

interesse público e o bem-estar social. Este é um conceito econômico que por vezes tem orientado a aplicação do Direito.

Para além dos badalados exemplos de regulação das *public utilities* norte-americanas¹³⁹, a literatura jurídica¹⁴⁰ e económica¹⁴¹ brasileira detém ampla avaliação das falhas de mercado do setor de saneamento básico, cujos contornos serão apresentados abaixo não como uma forma de racional irreductível da análise económica do Direito (*law and economics*)¹⁴², mas como forma de indicar problemas práticos que a regulação precisa endereçar para alcançar eficiência de preços e boas condições de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, beneficiando o interesse público.

Sob esta perspectiva, é preciso deixar claro que o saneamento básico detém *externalidades*¹⁴³. Isto é, existem efeitos não mensuráveis gerados pela operação do saneamento, sentidos por pessoas que não participam da atividade económica. É o caso, por exemplo, dos impactos no meio ambiente ou mesmo na saúde humana de determinada região. Nestes casos, o mercado não consegue, via sistema de preços, acompanhar as variações de utilidade sobre o comportamento dos agentes. Em termos económicos, não há completa eficiência na alocação de recursos, ficando impossível capturar todos os efeitos advindos desta atividade económica¹⁴⁴.

¹³⁹ Ver, por exemplo, POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**. 21 Stanford Law Review 548, 1968. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1862/. Acesso em: 14 jul. 2021.

¹⁴⁰ Vide observações de CARVALHO, Vinícius Marques de. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010; ou mesmo de MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A regulação no setor de saneamento**. Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de saneamento básico. CORDEIRO, Berenice de Souza (coord.) – Brasília: Editora, 2009.

¹⁴¹ Por exemplo GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro *et. al.* **Regulação do saneamento básico**. Barueri/SP: Ed. Manole, 2013.

¹⁴² Um resumo interessante sobre o tema de *law and economics*, sob a perspectiva de interesse dos agentes, é apresentado por Alice Voronoff, em seu trabalho intitulado “Direito Administrativo Sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação”, *cf.* Capítulo 3 (*vide* VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.).

¹⁴³ Ver sobre o tema, SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade económica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 33-34.

¹⁴⁴ “As externalidades podem ser negativas ou positivas. O exemplo clássico de externalidade negativa é a poluição, acarretando custos, muitas vezes não mensuráveis, para a sociedade. De outro lado, pode-se citar, como exemplo de externalidade positiva, a educação. É o caso também dos serviços de saneamento básico. Produzem externalidades sociais positivas imensuráveis. Os efeitos positivos, gerados pela universalização desses serviços, sobre a saúde pública e o meio ambiente, são notórios. Basta saber que grande parte das doenças infecciosas, que têm grande incidência na população infantil, são transmitidas pela água. Esta mesma afirmação serve para ressaltar os efeitos perversos da inexistência ou da prestação inadequada desta atividade. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, para cada um real gasto na implantação de saneamento básico, se economiza quatro reais em saúde pública”. (CARVALHO, *op. cit.*, p. 165-166.)

Por este motivo, a regulação econômica deve se atentar para impactos indiretos dos benefícios dos serviços, utilizando-se das ferramentas jurídicas a sua disposição para fomentar a eficiência com olhar holístico, e não só filtrado para a atividade de abastecimento de água ou esgotamento sanitário. Não se pode esquecer que o saneamento envolve multiplicidade de bens jurídicos tutelados, com necessária articulação entre diversas políticas públicas (por exemplo, saúde, meio ambiente, proteção ao consumidor, habitação). A política tarifária pode e deve sempre que possível contribuir para fomentar a eficiência e a tutela destas demais políticas públicas¹⁴⁵.

De outro lado, percebe-se que o saneamento também detém uma outra falha de mercado que é comum a muitos serviços públicos, visto que os bens envolvidos no fornecimento de utilidades e comodidades do abastecimento de água e esgotamento sanitário são considerados *bens públicos*¹⁴⁶, economicamente classificados de tal forma por conta da dupla característica de *não exclusividade* e *não rivalidade*¹⁴⁷. Pela não exclusividade entende-se a impossibilidade de se excluir indivíduos da fruição do bem, mesmo que eles não tenham contribuído para a sua produção. Já a não rivalidade significa que o mesmo bem pode ser consumido por mais de um indivíduo, sem que haja a exclusão dos demais. Quer dizer, se um indivíduo consumir o bem, os outros não serão excluídos de fazê-lo mediante a diminuição de quantidade do mesmo bem.

Dito de outra forma mais simplificada, um bem é excludente se for possível excluir um indivíduo do seu consumo caso não se pague pelo referido bem, enquanto um bem será rival quando o consumo deste bem por um indivíduo impedir que outro

¹⁴⁵ Exemplo disso pode ser a cobrança de valores mais elevados quando do consumo maior de recursos hídricos, buscando orientar os usuários a racionalizar o consumo de água de forma a fomentar a viabilidade prática do uso múltiplo dos recursos hídricos (p.ex. também considerando seu uso para agricultura, indústria e pecuária), positivado pela Política Nacional de Recursos Hídricos.

¹⁴⁶ Além de também, sob a perspectiva jurídica, serem considerados “bens públicos” para fins do art. 98 e seguintes do Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002).

¹⁴⁷ Como ensina Gustavo Binbenbojm, “os bens públicos (*public goods*) são definidos como os bens universalmente apropriáveis por todos os integrantes da sociedade, sem a possibilidade de exclusão de ninguém em virtude de sua estrutura fática de ‘bem não rival e não excludente’. O bem público é ‘não rival’ porque o seu consumo é amplo o suficiente para não inviabilizar o consumo pelas outras pessoas. Por sua vez, o caráter ‘não excludente’ significa o acesso universal ao bem público, sem qualquer restrição tangível. Como o bem público é universalmente acessível sem restrições, e o valor econômico de qualquer bem tem relação razoavelmente proporcional ao bem-estar imediatamente aferível que este proporciona, de acordo com a sua disponibilidade (escassez), daí decorre a dificuldade da sua valoração pelo mercado. Em outras palavras, é quase impossível precificar ou arbitrar valores que cada um faz do bem público. Ou seja, os benefícios extraídos dos bens públicos não são suscetíveis de mensuração clara ou apropriação identificável”. (cf. BINENBOJIM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 206-207.)

indivíduo consoma o mesmo bem. A soma de ambas as características faz com que um bem seja considerado público para fins econômicos.

Para o saneamento, a característica de bens públicos, sob a perspectiva econômica, significa que mais de um usuário pode gozar dos serviços sem prejudicar o usufruto dos demais. Considerando certos consumidores (hospitais, bombeiros etc.) e o papel de essencialidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, há rígidas regras para restringir e procedimentalizar a exclusão dos usuários da rede. Com efeito, há claras evidências da presença de bens não excludentes e não rivais, com necessidade de tratamento pela regulação econômica para viabilizar a exploração adequada e a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços.

Como bem esclarece Vinícius Marques de Carvalho¹⁴⁸, a característica econômica de bens públicos não significa dizer que a água deva ser consumida de forma gratuita e ilimitadamente. A água é um recurso natural que deve ser preservado e que exige toda uma política pública para racionalizar sua utilização e viabilizar os investimentos necessários para sua universalização. Daí a necessidade de a regulação de preços se ocupar em alinhar interesses e distribuir regras para refletir impactos de concorrência no setor sem que se prejudique outros aspectos dos serviços.

Para além do já mencionado, cumpre destacar aquela falha de mercado que talvez corresponda ao maior desafio do setor, qual seja: a ausência de efetiva competição entre os produtos dos serviços de saneamento básico por causa da caracterização destas atividades econômicas como *monopólios naturais*. Economicamente falando, o monopólio natural se caracteriza pela existência de situações nas quais, por justificativa físico-fenômeno ou por justificativa econômico-financeira¹⁴⁹, um único prestador/fornecedor acaba por ser responsável por controlar toda a oferta do produto¹⁵⁰.

¹⁴⁸ CARVALHO, Vinícius Marques de. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 166-167.

¹⁴⁹ “Nos setores de infraestrutura, em que este fenômeno se apresenta com maior frequência e intensidade, o principal efeito é a impossibilidade de duplicação dos investimentos”. (cf. CARVALHO, Vinícius Marques de. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 168.)

¹⁵⁰ Vale a pena transcrever aqui a larga análise de Gustavo Binenbojm sobre o tema dos monopólios naturais. Cita-se: “[...] os monopólios naturais se caracterizam, em termos econômicos precisos, por tecnologias de produção que apresentam, na faixa relevante da demanda de mercado, curva de custo estritamente subaditiva, no sentido de que o custo de produção da soma de qualquer quantidade de bens finais é menor do que a soma do custo de produção separada desses mesmos bens finais. Em geral, essa circunstância está presente em atividades econômicas cuja exploração envolve, simultaneamente, custos fixos muito altos e custos marginais pequenos. Enquanto a presente de elevados custos fixos está diretamente relacionada à manutenção e expansão de ampla infraestrutura necessária à oferta ou ao

Isto é, ora não é possível, sob a perspectiva técnica, instalar outra rede na mesma localidade, ora não é economicamente viável duplicar a infraestrutura para introduzir competição, haja vista, por exemplo, a estrutura de custos fixos e economias de escala do empreendimento. Isso caracteriza um monopólio natural¹⁵¹.

Sobre o tema no saneamento, volta-se às palavras de Vinícius de Marques Carvalho¹⁵², para quem “*o caráter de monopólio natural dos serviços de saneamento básico decorre essencialmente da infraestrutura de transporte do recurso. Pode existir apenas um operador para o transporte da água de diferentes produtores aos reservatórios de diferentes distribuidores. Tecnicamente seria possível que as atividades de sucção ou de armazenamento da água não fossem integradas. No entanto, a regra é a integração, pois a fragmentação tem como principal inconveniente perdas substanciais em economia de escala, na medida em que os custos fixos também são muito altos*”.

A análise de Vinícius Marques de Carvalho traz a chave econômica pela qual se justifica o monopólio natural no setor de abastecimento de água ou esgotamento sanitário, qual seja: seus elevados custos fixos para instalação da infraestrutura, os quais são seguidos de custos marginais diminutos à medida que há ampliação da rede.

É caro implantar a infraestrutura do saneamento (a qual não é recuperada com alienação futura dos ativos e constitui um custo afundado dos operadores¹⁵³), mas a sua

fornecimento adequado do bem econômico, há baixos custos marginais concomitantes geralmente vinculados ao fornecimento do produto ou à prestação do serviço subjacente. A existência de um monopólio natural torna inviável a instalação de mais de um produtor ou prestador de serviços no mesmo mercado. A título exemplificativo, Hal Varian cita o caso das distribuidoras de gás, cujas atividades envolvem ‘custos fixos muito grandes – criação e manutenção de canalização para gás – e um custo marginal muito baixo para ofertar unidades extras de gás -, uma vez que a canalização esteja instalada, custa muito pouco bombear gás para dentro dela’ ou da prestadora de serviços de telefonia, que possui ‘custos muito grandes para instalar fios e redes de comutação, quanto os custos marginais de uma unidade extra de serviço telefônico são muito baixos.’ (cf. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 193-199.)

¹⁵¹ Cabe rápida observação de que o monopólio natural não pode ser confundido com um monopólio tradicional. Neste, um único fornecedor/produzidor controla o mercado, às vezes por questões de poder de mercado, às vezes por questões de ganhos de eficiência e/ou desenvolvimento tecnológico. Naquele, envolvendo o monopólio natural, há sempre justificativas inerentes à atividade econômica para justificar a existência do monopólio.

¹⁵² CARVALHO, *op. cit.*, p. 168.

¹⁵³ Oportuno transcrever a seguinte passagem de Bruno Aguiar Carrara de Melo e Frederico Araújo Turolla, “A elevada especificidade dos ativos está associada ao elevado volume de custos irrecuperáveis (*sunk costs*), responsáveis pela formação do custo fixo das empresas de saneamento. Custos irrecuperáveis (*sunk costs*) são aqueles associados a investimentos de longo prazo de maturação, seja em ativos físicos ou em habilidades humanas, que são específicos a uma atividade e não podem ser reaproveitados em outra atividade, a não ser com alto custo de transição. Em setores que exigem custos irrecuperáveis, as empresas já estabelecidas têm benefícios potenciais durante um período de tempo, o que cria importantes barreiras à entrada de novos competidores [...]”. (cit. p. 127)

expansão, por se tratar de uma indústria de rede¹⁵⁴, apresenta redução de custos para o operador à medida que a rede aumenta e outros usuários são conectados. Embora sob conceitos diferentes, a justificativa de manutenção do monopólio natural do saneamento encontra resguardo na caracterização das atividades como indústria de rede capaz de gerar as chamadas economias de escala¹⁵⁵ e de escopo¹⁵⁶.

É claro que há outras variáveis neste arranjo que, conforme o caso, devem ser levadas em consideração. Por exemplo, locais mais adensados detêm o potencial de remunerar mais rapidamente os investimentos realizados, já que aumentam a eficiência de arrecadação e aplicação de recursos (uma mesma infraestrutura rapidamente conecta várias pessoas¹⁵⁷). Não por outro motivo que o saneamento rural brasileiro segue sendo um desafio para o setor¹⁵⁸, já que no campo há menos adensamento, com necessidade de se instalarem largas redes para conectar poucos usuários.

¹⁵⁴ Entende-se oportuno trazer as observações de Vinicius Marques de Carvalho ao listar as lições de Ricardo Toledo Silva, esclarecendo que a indústria de rede contém as seguintes funções básicas: “(i) Produção central – cria a capacidade global do sistema a partir de um conjunto de unidades espacialmente bem definidas, mas não necessariamente concentradas. Passível de acréscimos ou reduções localizadas sem comprometer o sistema. A característica de bem público realiza-se no conjunto das capacidades e não em cada unidade isolada. Usuários finais definidos. (ii) Controle – define a destinação básica das capacidades globais do sistema, normalmente por grandes categorias de usuários e não por usuário específico. O controle pode ser exercido conjuntamente com a operação de transmissão, quando esta é constituída por ativos fixos e enterrados, como linhas de transmissão, condutos principais etc., e em separado, quando a transmissão se fizer pelo ar (telecomunicações). O controle tem a mesma abrangência territorial do sistema integrado, podendo ser apoiado em unidades de controle local referentes à distribuição. (iii) Transmissão – integra as capacidades geradas nas várias unidades, determinando a capacidade global efetiva do sistema. Interliga sub-redes de distribuição distantes. Tem forte relação com o território que define os grandes vetores de indução da rede com respeito ao desenvolvimento urbano e regional. É a transmissão que realiza, fisicamente, a distribuição de capacidades por categorias de usuários definidas na função de controle. (iv) Distribuição ativa – entrega capacidades do sistema para os usuários finais. É espalhada no território e define a capilaridade do poder indutor de expansão e adensamento do sistema. (v) Distribuição passiva – recolhe insumos para transporte, comunicação, processamento e disposição”. (cit. p. 163)

¹⁵⁵ Cf. Gustavo Binenbojm, “economias de escala são os ganhos gerados pela redução do custo médio de produção de um determinado bem devido à diluição dos custos fixos sob uma base maior de produção, que decorre, essencialmente, da expansão de capacidade produtiva ou do aumento da quantidade produzida pelo empresário”. (cit. p. 193)

¹⁵⁶ Também, segundo Gustavo Binenbojm, “economias de escopo ocorrem, principalmente, quando o advento de inovações tecnológicas ou melhorias em processos de integração produtiva tornam a produção de um único empresário mais eficiente do que a que resultaria da atuação de dois ou mais empresários empreendendo em separado para obter o mesmo objetivo produtivo”. (*ibidem*). No saneamento, a economia de escopo normalmente advém da integração de atividades de abastecimento de água com esgotamento sanitário, já que, por exemplo, o esforço de cobrança comercial favorece indistintamente ambos os serviços (os dois coletados por meio da fatura de água).

¹⁵⁷ É o caso de se levar a conexão para um prédio ou conjunto habitacional. A mesma infraestrutura de abastecimento de água servirá praticamente a todos, com custo marginal de acréscimo bastante diminuto.

¹⁵⁸ Ver artigo de Édison Carlos, intitulado: “Saneamento Rural: um enorme desafio para o Brasil”. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-rural-um-enorme-desafio-para-o-brasil--portal-do-saneamento>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Outra questão relevante diz respeito às características topográficas e de acesso aos recursos hídricos. Locais com terrenos em declive precisam de bombas d'água para levar os recursos hídricos até os usuários, aproveitando-se menos dos efeitos da gravidade para fazer as rotineiras atividades de distribuição de água, bem como apresentando maior consumo de energia elétrica para acionar as bombas e reforçar a pressão da tubulação. Ademais, regiões com distância relevante entre o centro de distribuição e a bacia hidrográfica que o alimenta dependem da captação e adução de recursos hídricos por vários quilômetros para viabilizar a prestação adequada do saneamento. Outras regiões, com diversas bacias próximas dos centros de distribuição, ou mesmo com condições topográficas favoráveis, acabam por reduzir custos e permitir ganhos aos operadores. De tudo isso, também deveria se ocupar a política regulatória dos serviços, equilibrando ônus e bônus de diferentes localidades para fins, por exemplo, da política de subsídios.

Retomando a questão de origem do monopólio natural, convém ainda destacar que esta falha de mercado acaba por gerar barreira de entrada para prestação material dos serviços. Em virtude de se tratar de monopólio natural, não há que se falar em competição “no” mercado, isto é, diferentes operadores não competem dentro do mercado como ocorrer com redes de supermercados. É necessário que a competição se dê “pelo” mercado, quando da outorga ou delegação dos serviços públicos, com os operadores competindo por praças de saneamento, que podem estar estruturadas em municípios isolados, ou conjuntos municipais.

Na hipótese de delegação à iniciativa privada, ou seja, mediante processo competitivo para outorga de concessão, PPP ou outro instrumento de delegação, utiliza-se como base aquilo que a literatura econômica chama de modelo de Demsetz¹⁵⁹, também discutido na literatura econômica sob o codinome de *franchise bidding*¹⁶⁰. Segundo esta vertente, seria possível introduzir competição pelo mercado mediante processo público de competição, na medida em que os agentes, ao disputarem a delegação dos serviços, acabariam por oferecer propostas próximas ao preço concorrencial no mercado. A competição na licitação endereçaria e mitigaria as falhas de mercado daquele determinado setor, já que os licitantes competiriam de forma que a proposta vencedora seria aquela

¹⁵⁹ DEMSETZ, Harold. (1968) Why Regulate Utilities?. **Journal of Law and Economics**. vol. 11, nº 1, article 6. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/jle/vol11/iss1/6>. Acesso em: 20 jul. 2021.

¹⁶⁰ Cf. CARVALHO, Vinícius Marques de. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 187, bem como MELO, Bruno Aguiar Carrara de; TUROLLA, Frederico Araújo. Modelos de regulação tarifária e a Lei nº 11.445/2007: as alternativas possíveis. In: GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; *et. al.* **Regulação do saneamento básico**. Barueri/SP: Ed. Manole, 2013, p. 125 e seguintes.

que, sem sombra de dúvidas, deteria o preço e as condições de prestação dos serviços mais próxima do equilíbrio da efetiva concorrência.

No entanto, a competição do saneamento não é tão simples.

A uma, os instrumentos de delegação do saneamento, sejam eles de programa, sejam eles de concessão, detém normalmente longo prazo para amortizar investimentos vultosos para universalização e operação adequada. Por esta razão, são conhecidamente instrumentos tidos como incompletos¹⁶¹, isto é, não detém tratamento contratual para todas as situações que possam ocorrer ao longo da vigência contratual. Conseqüentemente, dificilmente o equilíbrio competitivo do certame irá perdurar ao longo de toda a execução contratual, exigindo de institutos jurídicos com o reajuste e a revisão contratual para assegurar equilíbrio econômico-financeiro e uma política tarifária adequada¹⁶².

A duas, basta verificar que os julgados do CADE¹⁶³ sinalizam pela necessidade de, sob avaliação antitruste do controle de atos de concentração, realizar-se avaliação no mercado secundário, ou seja, na atuação nacional dos grandes grupos empresariais quando da aquisição de participação acionária de outras empresas do setor. Isso porque o CADE vem recentemente entendendo como necessária análise do exercício de poder de mercado sob a ótica nacional, a despeito do conceito de monopólio natural ensejar

¹⁶¹ Pode-se citar aqui as observações de Vera Monteiro, para quem “[...] é preciso reconhecer a dificuldade na elaboração dos instrumentos, pois é impossível antecipar todos os pontos de futuro conflito e acordar previamente uma solução para eles. A regulação por contrato, conforme é conhecida, como forma de promover e controlar a atuação de prestadores privados, especialmente de serviços de infraestrutura em que essa teoria é estudada, enfrenta o grave problema da incompletude.” (cf. MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 67-69.)

¹⁶² Recomenda-se as observações de Vinícius Marques de Carvalho, cujas lições foram reproduzidas parcialmente na sequência: “Não são escassas as críticas à proposta de Demsetz, e seu alvo recai, tanto na utilização do leilão (licitação), como mecanismo de introdução da competição, como no desprezo aos aspectos relacionados aos comportamentos oportunistas, à racionalidade limitada e às incertezas que permeiam esse tipo de relação contratual” (In: CARVALHO, Vinícius Marques de. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 183 e seguintes). Além de Marques de Carvalho, Calixto Salomão Filho também critica a reprodução sem ressalvas do modelo de Demsetz, pois “a ideia central dessa corrente é que a regulamentação, ao impor a utilização do sistema competitivo no momento de entrada do mercado, estaria cumprindo seu objetivo: correção das imperfeições mercadológicas. A prática, entretanto, demonstrou a pouca utilidade da alternativa de controle da entrada para os objetivos visados, pois a garantia de preços competitivos através da licitação é de curto prazo. Critica-se basicamente o fato de não ser possível, em especial em setores nos quais as variações de custos são substanciais, estabelecer um contrato de longa duração para controle de preços. O resultado é a necessidade de uma regulamentação governamental constante para que os preços se mantenham competitivos”. (In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 26-28).

¹⁶³ Ver, por exemplo, AC nº 8700.002516/2018-41, Parecer nº 07/2018, CGAA4/SGA1/SG; e AC nº 8700.001557/2018-0, Parecer nº 04/2018/CGAA4/SGA1/SG.

tradicionalmente que a análise considere a simples substituição de agentes econômicos, com a entrada do novo grupo controlador naquele monopólio local (concessão municipal, por exemplo). Parece, então, que a dinâmica de economias de escala e escopo vai além do monopólio natural de uma localidade, exigindo uma visão nacional de competição por diversas delegações.

A terceira, o setor de saneamento no Brasil detém competição entre agentes públicos e privados, mais precisamente entre grupos privados de investidores e as CESBs. E essa competição envolvia momento anterior aos leilões e às licitações de delegação, como convencionalmente proposto pelo modelo de Demsetz. Antes do Novo Marco, competia-se pela influência na política pública do titular dos serviços para definir o instituto de prestação material dos serviços de saneamento básico. Afinal, pela legislação brasileira podia-se contratar a prestação dos serviços por meio da gestão associada, com contratação direta que trespassa o exercício da competência material à companhia estadual; ou, alternativamente, pode-se processar toda a estruturação de um projeto de concessão, com subsequente processo licitatório para escolher o melhor prestador dos serviços (hipótese na qual a estatal estadual ainda poderia participar do certame juntamente com as empresas privadas)¹⁶⁴. Repete-se, trata-se de disputa para induzir os titulares de serviços públicos para um ou outro arranjo jurídico para trespassar o exercício de competência material, cada qual do seu modo¹⁶⁵ e com sopesamento dos respectivos custos de transação¹⁶⁶.

¹⁶⁴ A competição velada entre empresas estaduais de saneamento e investidores privados ganhou até mesmo processo específico no Cade, para avaliar prática de *price squeezing* realizada pela Sabesp junto do município de Santo André, na região metropolitana de São Paulo (cf. Inquérito Administrativo nº 8700.011091/2015-18, disponível na plataforma SEI, do Cade). Na ocasião, alegou-se ao Cade que a estatal estaria praticando preços abusivos no fornecimento de água em atacado para a autarquia municipal de Santo André distribuir no varejo. A cobrança daquele preço seria uma tática da estatal para afundar o município em dívidas, que, posteriormente, seriam sanadas com o trespassa da prestação material dos serviços à estatal, mediante gestão associada e contrato de programa. A discussão é válida, mas vale observar que o processo foi arquivado pelo Cade após oitiva da agência reguladora local, que afirmou fiscalizar os preços praticados, que inclusive eram cobrados de acordo com metodologia de preço teto (*price cap*), publicada pela agência.

¹⁶⁵ Vale a observação pontual de que o setor de saneamento básico foi grande entusiasmo das metodologias de procedimentos de manifestação de interesse, os PMIs, regulados principalmente pelo art. 21, da Lei nº 8.987, de 1995, sob os quais um interessado pode procurar o poder público e propor o desenvolvimento de um projeto de concessão. Confirmação desta assertiva encontra-se nos dados da consultoria Radar PPP, disponíveis em: <https://radarppp.com/biblioteca/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

¹⁶⁶ Aqui só é possível especular que o custo de transação para delegação dos serviços mediante concessão ultrapassa em muito os processos de gestão associada. E isso porque, na primeira situação, deve-se operar toda a estruturação do projeto e lançamento de processo competitivo sob rígidas balizas legais, enquanto no segundo exemplo, de gestão associada, a companhia estadual normalmente apresenta modelo de contrato e pacote fechado para prestação material dos serviços, sendo desnecessário o processamento de procedimento licitatório.

Por um argumento ou por outro, a questão do monopólio natural é, no mínimo, sensível para reprodução automática do modelo de *franchise bidding*. E isso, como adiantado acima, sem mencionar o outro desafio afeto à matéria, que diz respeito à definição geográfica da área de cada monopólio, cujos debates desdobram-se em discussões acaloradas de subsídio cruzado e regionalização.

Não obstante, é preciso observar que a manutenção de monopólios naturais e a formalização de contratos de delegação com longo prazo de duração tornam imperioso destacar os desafios gerados pela assimetria de informação originada entre o regulador e os operadores, já que a manutenção de um único operador monopolista por vezes acaba por prejudicar a fiscalização dos custos e investimentos. O operador pode, por exemplo, camuflar custos ou adotar práticas contábeis que lhe favoreçam, prejudicando a modicidade tarifária ou mesmo a eficiência dos serviços.

Sobre esta falha de mercado, normalmente adota-se dois riscos específicos: a seleção adversa e o risco moral (*moral hazard*).

No primeiro caso, de seleção adversa, a assimetria de informação ocorrer *ex ante* à contratação dos serviços. Por esta hipótese, uma das partes não detém conhecimento completo das informações transacionais, podendo gerar no limite a alocação de produtos de baixa qualidade no mercado, ou então ocasionar a subida de preços dos bens comercializados¹⁶⁷. No caso do saneamento, pode-se pensar nos problemas das estimativas equivocadas à época da estruturação dos projetos para delegação material dos serviços públicos, com potencial de prejudicar os certames licitatórios nos quais os interessados não detêm todas as informações necessárias para apresentar suas propostas, quiçá até mesmo a execução de contratos. O resultado poderá gerar sucessivos aditivos contratuais para reequilibrar avenças concessórias, com aumento de tarifas¹⁶⁸, ou então apresentação de lances inexecutáveis para prestação dos serviços, com a extinção antecipada das avenças.

¹⁶⁷ Ver BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 201.

¹⁶⁸ Vide GUASH, J. Luis. **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions**: doing it right. Estudo publicado em 2004, pelo Grupo do Banco Mundial, no qual foram analisadas as outorgas e renegociações de diversas concessões celebradas na América Latina e Caribe, com destaque para projetos de saneamento. Disponível em: https://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/Guash_Granting_and_Renegotiating.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

Na segunda alternativa, envolvendo o risco moral¹⁶⁹, a assimetria de informação ocorre depois da contratação (*ex post*), com uma das partes buscando ocultar informações das demais para se beneficiar. Estar-se-á diante da hipótese, por exemplo, do fornecimento de informações distorcidas sobre os avanços da universalização dos serviços de saneamento para fins de remuneração do prestador. Aqui, somente a fiscalização *in loco* do regulador poderá validar as informações repassadas pelo operador, evitando tratamento equivocado no pagamento de tarifas por uma infraestrutura que eventualmente não foi concluída ou implicaria na duplicação de custos dos serviços, isto é, seria desnecessária para prestação adequada dos serviços, ferindo a eficiência e a modicidade tarifária.

Não será abordado, por ora, em maiores debates sobre o assunto, bastando pontuar as questões anteriores, de relevantes falhas de mercado e características das atividades de saneamento, para fins do entendimento de alguns dos desafios específicos e particulares da regulação de preços, reiterando que a regulação deve ser estruturada sob medida para endereçar as condições particulares de cada serviço. Não basta que a regulação econômica tenha o mesmo regime jurídico de base, com objetivo de equilibrar a equação econômico-financeira dos serviços com a modicidade tarifária e a eficiência. É preciso que cada caso concreto apure suas falhas de mercado daquele setor para refletir, naquele caso específico, as circunstâncias regulatórias.

Estas particularidades, somadas com a multiplicidade de institutos jurídicos existentes na legislação para organizar a prestação material dos serviços públicos de água e esgoto acabam por impor diferentes características regulatórias ao saneamento básico, que exigem a modelagem regulatória precisa de institutos jurídicos voltados para cada desafio, com motivação adequada pelo regulador para adotar esta ou aquela abordagem regulatória.

4 OS REGULADORES DOS SERVIÇOS DE SANEMANETO BÁSICO

4.1 As entidades de regulação no saneamento

¹⁶⁹ Ver BINENBOJM, *op. cit.*, p. 203-204.

A LNSB estabelece claramente que caberá à atividade regulatória dos serviços de saneamento básico a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios (§ 2º do art. 25). Ou seja, a regulação detalhada pela LNSB detém importante correlação com os instrumentos contratuais de prestação dos serviços, ou mesmo das prescrições positivadas na política pública do saneamento, valendo-se a entidade de regulação de poderes de fiscalização para interpretar as avenças e organizar o adequado fornecimento de utilidades e comodidades no saneamento.

A regulação econômica do saneamento deverá, nos termos do art. 21 da LNSB, ser exercida por entidade reguladora, de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, sobre qual recairá o dever específico de observar, no exercício da função regulatória do saneamento, os princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

É dizer, os objetivos da regulação e o exercício da função regulatória no saneamento devem, em regra, ser exercidos por uma agência reguladora¹⁷⁰. Diz-se “em regra”, pois há arranjos que permitem caracterizar consórcios públicos, de natureza autárquica, como entidades reguladoras para fins da legislação de saneamento básico.

É preciso ter em mente que a doutrina tradicional, aqui ilustrada pelas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷¹, indica que as referidas agências reguladoras correspondem a “*autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplina e controlar certas atividades*”, sendo algumas destas atividades classificadas como “*serviços públicos propriamente ditos*”, como no caso do saneamento básico. Por seu turno, as “*autarquias sob regime especial*”¹⁷² corresponderiam a pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública Indireta, de natureza de direito público e,

¹⁷⁰ Aqui entendida sob a acepção tradicional da doutrina, segundo a qual as agências reguladoras correspondem no direito brasileiro a entidades autárquicas sob regime especial, que lhes permita autonomia orgânica e administrativa. Sobre o tema recomenda-se a leitura de MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005. Especificamente sobre o tema das agências no saneamento, sugere-se a leitura das lições de Wladimir Antônio Ribeiro, no artigo “A forma e a função: as relações entre independência, regulação e competências do regulador”. In: OLVEIRA, Roberto Carlos; *et. al.* **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Ed. Essencial Idea, 2016, p. 41 e seguintes.

¹⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 170.

¹⁷² Ver definição do Decreto-Lei nº 200, de 1967, *in verbis*: “Art. 5º [...] I - I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

portanto, habilitadas a gozar dos poderes extroveros e coercitivos do Poder Público, mas com um regime especial que lhes garanta independência e autonomia de funcionamento e decisões em face das determinações do Poder Político da Administração Centralizada¹⁷³.

A literatura especializada¹⁷⁴ busca descrever a independência regulatória e a autonomia das entidades reguladoras de acordo com alguns mecanismos de gestão e garantias jurídicas¹⁷⁵. Em apertada síntese, são eles: (i) caráter colegiado da direção da entidade, com mandatos fixos de seus diretores (impossibilidade de demissão *ad nutum*); (ii) mandatos dos diretores organizados de forma não coincidente com os mandatos políticos; (iii) caráter técnico da atuação das agências, com exigência de competências específicas e conhecimento da matéria regulada, a ser apurado mediante processo de indicação pelo chefe do Executivo dos nomes dos diretores, com validação pelo Poder Legislativo; (iv) autonomia administrativa por meio da competência para estruturar seu próprio regimento interno e processar todo e qualquer procedimento para seu funcionamento de forma independente, como, por exemplo, realização de concursos públicos¹⁷⁶; e (v) autonomia financeira por meio da arrecadação de recursos próprios com possibilidade de iniciativa de sua proposta orçamentária, evitando-se políticas de contingenciamento de recursos para políticas de superávit fiscal¹⁷⁷.

¹⁷³ Lições completas da introdução do modelo de agências reguladoras no cenário brasileiro podem ser encontradas em ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Forense, 2013.

¹⁷⁴ Para uma análise aplicada ao setor de saneamento, ver: LIMA, Gislene Rocha de. Modelos e mecanismos de regulação independente. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; MONTEIRO, Mario Augusto P.; MAIA MELO, Alisson José (org.). **Regulação do saneamento básico**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2013, p. 23-29; RIBEIRO, Wladimir Antônio. A forma e a função: as relações entre independência, regulação e competências do regulador. In: OLVEIRA, Roberto Carlos; *et. al.* **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Ed. Essencial Idea, 2016, p. 52-70. Noções gerais da independência e autonomia das agências reguladoras pode ser observada na Lei nº 13.848, de 2019 (a chamada “Lei Federal das Agências Reguladoras”), bem como as obras já citadas de ARAGÃO, *Ibid.*; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

¹⁷⁵ O tema também foi apreciado pelo Poder Judiciário, por exemplo, por meio de julgamento pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 1949-0, envolvendo a governança de independência da AGERS, entidade reguladora do estado do Rio Grande do Sul.

¹⁷⁶ Vale observação recente de Maurício Portugal Ribeiro e Eduardo Jordão sobre a necessidade de se permitir a estruturação de procuradorias próprias das agências reguladoras como forma de assegurar sua autonomia. Sobre o assunto ver: “Agências reguladoras independentes, só com procuradorias independentes”, disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-agencias-reguladoras-independentes-so-com-procuradorias-independentes/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

¹⁷⁷ Gislene Rocha de Lima alerta sobre este problema: “Essa autonomia financeira, em geral assegurada por lei às agências reguladoras, tem sido reiteradamente violada por meio dos instrumentos de contingenciamento das verbas regulatórias, de que se utiliza o Poder Executivo central, quando desvia a utilização das receitas próprias das agências reguladoras, destinando-as ao cumprimento de metas de

A redação anterior da LNSB não era tão clara sobre a utilização do modelo de agências reguladoras para o exercício da função regulatória no saneamento, seja quando da prestação direta, seja quando da prestação delegada para terceiros alheios à esfera do titular dos serviços.

Antes do Novo Marco, não era exigida entidade regulatória independente para os casos de prestação direta, permitindo a manutenção de casos de autorregulação, com prestadores estatais municipais operando os serviços ao mesmo tempo que ditavam preços e condições materiais do oferecimento das comodidades de água e esgoto¹⁷⁸.

Somente era exigida regulação independente nos casos em que houvesse prestação dos serviços por terceiros alheios à esfera do titular, situação na qual a lei se restringia a afirmar que o exercício da referida função regulatória deveria atender aos princípios da “*independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora*”, observando, adicionalmente, aos princípios da “*transparência, tecnicidade e objetividade das decisões*”.

Cabia ao Decreto nº 7.217, de 2010, prever redação afirmando que a entidade de regulação poderá se constituir em “*agência reguladora, consórcio público de regulação, autoridade regulatória, ente regulador, ou qualquer outro órgão ou entidade de direito público que possua competências próprias de natureza regulatória, independência e não acumule funções de prestador dos serviços regulados*”. A redação do Decreto, vale lembrar, ainda não foi alterada após publicação do Novo Marco.

O paradigma doutrinário de livre exercício das prerrogativas de independência e autonomia, na prática, fazia com que a legislação do saneamento gerasse discussões sobre a figura do regulador, com alguns autores defendendo ser necessário endereçar o tema

superávit fiscal. Como apregoado pelo então ministro da Fazenda, em entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico, edição de 18-20/6/2004 (p. A-6), na reportagem intitulada: ‘Agências têm que ajudar no superávit, diz Palocci’, ficou explícita a posição do governo no sentido da ‘necessidade de se utilizar parte da arrecadação das agências na composição do superávit fiscal’ (*apud* Aragão, 2005b, p. 33)”. (LIMA, Gislene Rocha de. Modelos e mecanismos de regulação independente. *In*: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; MONTEIRO, Mario Augusto P.; MAIA MELO, Alisson José (org.). **Regulação do saneamento básico**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2013, p. 27).

¹⁷⁸ Sob a perspectiva jurídica, alguns autores alegam que a imposição de regulação mediante entidade independente para os casos de prestação direta se trataria de obrigação inconstitucional, visto que a União estaria adentrando na competência dos titulares dos serviços de saneamento básico para determinar a forma de prestação dos serviços, mesmo quando se opte por organizar internamente a prestação material do saneamento. É dizer, haveria interferência desmedida da União em um serviço que não é de sua competência. Nesse sentido, sugere-se a leitura, por exemplo, de Percival José Bariani Júnior e Paulo Henrique Triandafelides Capelotto, no seu “*Da Política Pública de Saneamento Básico no Novo Marco Regulatório*” (*In*: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 275 e seguintes.)

obrigatoriamente pelo modelo tradicional de agência quando da prestação dos serviços por terceiros alheios à esfera do titular dos serviços, afastando situações consorciadas¹⁷⁹. E havendo debates sobre a necessidade (ou efetividade) de se ter uma entidade reguladora independente nas hipóteses de prestação direta.

Estes debates talvez continuem sob a ótica no Novo Marco, servindo majoritariamente para incrementar a governança das estruturas de regulação dos serviços de saneamento, mais do que questionando a viabilidade de arranjos para cooperação federativa, ou mesmo da regulação independente para as situações de prestação direta.

Teses à parte, o permissivo da lei e o quadro de titularidade fragmentada do saneamento básico fez com que diferentes arranjos de regulação se perpetuassem no país, formando, à semelhança das técnicas jurídicas para organizar a prestação material dos serviços, um outro mosaico de alternativas jurídicas para que os titulares estruturassem a regulação do abastecimento de água e esgotamento sanitário¹⁸⁰.

Ainda é possível encontrar arranjos jurídicos de autorregulação nos quais autarquias ou departamentos municipais prestam e regulam os serviços de água e esgoto, estando apenas no início os debates sobre a exigência pelo Novo Marco de que haja regulação independente para estas situações.

Também segue possível identificar hipóteses segundo as quais os municípios instituem agências reguladoras próprias, delegam a regulação para agências reguladoras

¹⁷⁹ É o caso, por exemplo, de LIMA, Gislene Rocha de. Modelos e mecanismos de regulação independente. *In*: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; MONTEIRO, Mario Augusto P.; MAIA MELO, Alisson José (org.). **Regulação do saneamento básico**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2013, p. 11, sendo oportuno citar a crítica de modelos regulatórios intermunicipais estruturados na forma de consórcios públicos, na medida em que tais arranjos teriam dificuldade de organizar independência decisória das entidades de regulação, uma vez que as últimas instâncias dos colegiados decisórios devem ser compostos pelos representantes dos respectivos Poderes Executivos, observado o disposto no art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei nº 11.107, de 2005. Também é o caso das discussões introduzidas por Augusto Neves Dal Pozzo e Percival José Bariani Júnior, no artigo “As Agências Reguladoras e a Concessão de Serviço Público de Saneamento Básico”, cujos debates focam a instituição de entidade reguladora com independência decisória, mas cujo formato, de acordo com o Decreto nº 7.217, de 2010, poderia se ocupar de órgão interno do titular. Para os autores, a melhor interpretação do Decreto seria aquela que permitiria a regulação interna tão somente como algo provisório, enquanto ainda não delegada ou instituída entidade de caráter autárquico. (*cf.* DAL POZZO, Augusto Neves; BARIANI JÚNIOR, Percival José. As agências reguladoras e a concessão de serviço público de saneamento básico. *In*: LUNA, Guilherme Gomes; *et al.* **Saneamento básico**: temas fundamentais, propostas e desafios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017, p. 79 e seguintes.)

¹⁸⁰ Estudo de 2020, da ABAR, é um ótimo exemplo de quão variado é o ordenamento jurídico-regulatório do saneamento nacional, arrolando agências consorciadas, municipais e estaduais, bem como modelos de agências que somente focam nos serviços de saneamento, enquanto outras acabam por regular diversos serviços públicos. O estudo informa que a ABAR conta com 53 agências reguladoras associadas cujo escopo de atuação engloba os serviços de saneamento básico. O estudo está disponível em: <https://abar.org.br/2020/11/19/abar-lanca-nova-pesquisa-sobre-regulacao-no-setor-de-saneamento/>. Acesso em: 31 jul. 2021.

estaduais ou intermunicipais, estas últimas estruturadas comumente por meio de consórcios públicos, com natureza de direto público¹⁸¹.

A possibilidade de estruturar tamanha diversidade de arranjos regulatórios adveio da possibilidade, em lei, de que a regulação dos serviços públicos de saneamento básico pudesse ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora dentro da mesma unidade estadual que o titular dos serviços se encontrasse¹⁸². A legislação parecia buscar auxiliar os titulares municipais, permitindo que agências com maior estrutura fossem adotadas para regular a prestação de saneamento em mais de uma localidade.

Embora não houvesse na LNSB mecanismo específico para viabilizar a delegação do exercício da função regulatória, o trespasse destas atividades acabou seguindo a linha da gestão associada de serviços públicos. É dizer, utiliza-se o art. 241 da Constituição Federal para assegurar a delegação de competências estatais entre diferentes entidades governamentais e viabilizar a atuação do Estado. Tudo porque a gestão associada de serviços públicos não serve exclusivamente para repassar ou coordenar a prestação material de serviços públicos. O instituto jurídico serve também para delegar e coordenar o exercício da regulação dos serviços públicos.

Basta ver que o inciso IX, do art. 2º, do Decreto nº 6.017, de 2007¹⁸³, prescreve constituir a gestão associada de serviços públicos aquela envolvendo o “*exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*”. O planejamento não é delegável pelos titulares segundo a LNSB¹⁸⁴, tão somente podendo

¹⁸¹ Oportuno lembrar que os consórcios públicos correspondem a associações públicas que, quando dotadas de natureza de direito público, detêm natureza autárquica, *cf.* prescrito no art. 2º, inciso I, do Decreto nº 6.017, de 2007. Nesse sentido, também recomenda-se GALLACCI, Fernando Bernardi; *et. al.* Formas de parcerias para viabilizar a implantação de aterros sanitários. *In: Revista dos Tribunais, RT*. vol. 976, fev. 2017.

¹⁸² Ver sobre o assunto: CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Regulação e federalismo no serviço público de saneamento básico. *In: MOTA, Carolina (coord.). Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07.* São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010, p. 89-110.

¹⁸³ Art. 2º [...] IX - gestão associada de serviços públicos: exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos

¹⁸⁴ *Cf.* p. ex. inciso I do art. 9º c.c. § 2º do art. 19, da LNSB, sob redação do Novo Marco. Vale notar que a impossibilidade de delegação da atividade de planejamento não afasta que o titular receba contribuição de informações do prestador dos serviços para elaborar seu planejamento (*vide* Parágrafo Único do art. 9º c.c.

ser elaborado de forma regional quando aplicável. A prestação material dos serviços pode, no formato de gestão associada de serviços públicos, ser delegada para entidades integrantes da administração pública de terceiros, e, como abordado anteriormente, tem sido delegada largamente para as CESBs. Mas, para além destes pontos, a regulação também pode ser alvo de delegação entre entes federados, seja por consórcio público, seja por convênios de delegação.

O estado de São Paulo serve para ilustrar estes casos. O Consórcio ARES-PCJ corresponde a um consórcio público intermunicipal com competência regulatória perante os municípios consorciados, bastante atuante nos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário¹⁸⁵. Os arranjos de convênios de cooperação e contratos de programa para viabilizar a prestação material da Sabesp correspondem a outro exemplo de delegação regulatória. Nestes casos, a Arsesp¹⁸⁶ recebe competências e poderes para regular os serviços prestados pela companhia estadual, recebendo sua delegação por meio de autorizações legais e convênios de cooperação, bem como contando com previsão expressa de sua competência regulatória no contrato de programa celebrado entre os titulares e a Sabesp¹⁸⁷. Vale observar, neste último exemplo, ser comum que a assunção de serviços pelas CESBs seja acompanhada da delegação da regulação do titular dos serviços para agências reguladoras estaduais¹⁸⁸.

4.1.1. Da delegação da função de regulação no Novo Marco

O Novo Marco também traçou novos contornos neste cenário de delegação da função de regulação. Pela nova legislação, é possível delegar a regulação dos serviços de saneamento de determinado titular para qualquer entidade reguladora que atenda aos

§ 1º do art. 19, da LNSB), tampouco a elaboração regional dos planos de saneamento básico (cf. determinado pelo art. 17, da LNSB, sob redação do Novo Marco.).

¹⁸⁵ As informações sobre o Consórcio ARES-PCJ estão disponíveis em: <http://www.arespcj.com.br/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

¹⁸⁶ Informações e documentos de cooperação dos municípios regulados pela Arsesp estão disponíveis em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/SitePages/home.aspx>. Acesso em: 25 jul. 2021.

¹⁸⁷ Até porque os contratos de programa não podem prever autorregulação do prestador, conforme vedação do § 3º do art. 13, da Lei nº 11.107, de 2005.

¹⁸⁸ Não são poucas as agências reguladoras estaduais. Estudo de 2020 da ABAR, sobre a regulação do setor de saneamento básico, indica a existência de 25 agências reguladoras estaduais de saneamento básico (algumas com competências para regular outros serviços, enquanto outras focadas exclusivamente no saneamento). Informações do estudo estão disponíveis em: <https://abar.org.br/2020/11/19/abar-lanca-nova-pesquisa-sobre-regulacao-no-setor-de-saneamento/>. Acesso em: 31 jul. 2021.

normativos de referência editados pela ANA, contanto que não exista no estado federado do titular uma agência reguladora que tenha aderido aos regulamentos da ANA; que seja dada prioridade, entre as agências reguladoras qualificadas pela ANA, àquela mais próxima à localidade do titular; e haja anuência da agência reguladora escolhida, que poderá cobrar uma taxa de regulação diferenciada, de acordo com a distância de seu estado-federado (*cf.* § 1º-A do art. 23 da LNSB).

Com estas novas exigências o Novo Marco reduz o âmbito da discricionariedade do titular dos serviços de saneamento básico para escolha da delegação da função regulatória. Apesar de não ser uma escolha por essência que seja vinculada, isto é, que não permita opção administrativa baseada nos critérios de conveniência e oportunidade, na prática, as restrições impostas pela legislação podem minguar a discricionariedade do gestor local para escolha da entidade reguladora. Ao exigir critérios de inexistência de outras agências no mesmo estado e de proximidade da entidade de regulação, o Novo Marco acabou por gerar uma reserva de mercado regulatório para as entidades reguladoras hoje atuantes no setor – as quais, inclusive, poderão cobrar pelos serviços, por meio das referidas taxas de regulação.

Adverte-se que essas potenciais consequências não trazem *per se* uma inconstitucionalidade à norma. É dizer, a potencial redução da discricionariedade do gestor local não parece afetar necessariamente a esfera de autonomia dos titulares, passível de declarar inconstitucional, em abstrato, os dispositivos da norma. Este tipo de discussão sequer foi objeto de debate no julgamento pelo STF das ações diretas de inconstitucionalidade que analisaram o Novo Marco. Mas parece defensável que a União, no exercício de sua competência para dispor de diretrizes ao setor, pudesse prever critérios para delegação da função regulatória, sob pretexto de aprimorar a qualidade regulatória e evitar custos regulatórios para investidores. Distorções da autonomia local terão que ser analisadas casuisticamente, mediante controle difuso de constitucionalidade, demonstrando castração expressiva da independência local do titular.

Prosseguindo-se com as inovações do Novo Marco, esclarece-se que as delegações das competências regulatórias agora poderão ser formalizadas mediante contrato de prestação de serviços, observado que, selecionada a entidade reguladora mediante o referido contrato, não será possível alterar o regulador até o encerramento da avença de delegação, salvo se a agência deixar de atender ao disposto pelas normas de

referência da ANA ou, alternativamente, que seja pactuado acordo com o prestador dos serviços (*cf.* § 2º-B do art. 23 da LNSB).

Entende-se que a introdução da figura do contrato de prestação de serviços regulatórios a ser celebrado entre a entidade reguladora e o titular dos serviços não extingue ou afasta o uso dos convênios de cooperação, ou mesmo impedirá a contratação direta dos reguladores.

Haverá dois arranjos distintos para formalizar a delegação da regulação de saneamento. Explica-se: os convênios de cooperação detêm natureza de convênio, isto é, são acordos para comungar interesses comuns, sem sinalagma entre os partícipes, e, conseqüentemente, podem ser denunciados a qualquer momento, quando deixar de existir alinhamento de interesses dos seus signatários¹⁸⁹. Por outro lado, o contrato de prestação de serviços de regulação detêm natureza contratual, com regras claras de sua manutenção, e com previsão igualmente precisa da possibilidade de se cobrarem taxas de regulação dos serviços¹⁹⁰. Seriam contratos aparentemente celebrados sob a tutela da inexigibilidade de licitação, pois inexistiria lógica de competição entre as entidades reguladoras.

O novo arranjo, de natureza contratual, teria, a princípio, maior estabilidade do que o formato de delegação sob convênios de cooperação, haja vista a previsão legal de manutenção do regulador até o término da concessão, impedindo denúncias a qualquer tempo, comuns em convênios e instrumentos congêneres.

Esta previsão, contudo, abre um leque inteiramente novo de discussões e problemas de ordem prática, pois como poderá ser organizada a regulação de um serviço em eventual desalinhamento com seu titular?

A lei não responde a esta indagação. Aparentemente, ficará a cargo de tratamento contratual dos instrumentos de delegação da função regulatória e da prestação material dos serviços públicos, os quais deverão buscar equalizar as situações de saída (ou

¹⁸⁹ Não por outro motivo que a legislação de convênios de cooperação assegurava a manutenção dos contratos de programa mesmo se inexistentes as condições de manutenção dos convênios de cooperação (ou o consórcio público), assegurando a continuidade da prestação dos serviços públicos, *vide* § 4º do art. 13, da Lei nº 11.107, de 2005.

¹⁹⁰ Não que inexistam acordos de cooperação nos quais as agências reguladoras de saneamento básico cobrem taxas de regulação. Pelo contrário, existem tais acordos, sendo, ao nosso ver, juridicamente possível que os convênios prevejam tal remuneração para as agências reguladoras sem que isso implique na caracterização de um sinalagma na relação entre os partícipes. Como as taxas são cobradas dos prestadores, não há pagamento direto entre o titular e a agência que configure, de plano, algum sinalagma, sem mencionar que a taxa detém a função única e exclusiva de financiar as atividades regulatórias, não sendo uma contraprestação propriamente dita.

manutenção) das entidades reguladoras quando houver desalinhamento com as políticas locais. A estabilidade regulatória ficará alocada provavelmente nestes contratos.

Vantagens ou não na opção pelo contato de serviços de regulação, parece certo que o Novo Marco não detém o condão de extinguir a possibilidade jurídica de se celebrarem cooperações interfederativas para regulação dos serviços públicos, uma vez que estas encontram guarida no art. 241 da Constituição Federal.

Sob contrato ou sob convênio, a regulação econômica dos serviços de saneamento básico é feita por entidade específica, apartada da estrutura tradicional do Estado. Como visto, a legislação, embora permita arranjos de consórcio público, parece privilegiar a instituição de agências reguladoras, com autonomia e independência. E são as entidades reguladoras que devem implementar a regulação de preços.

4.2 As novas competências da ANA diante do Novo Marco

É impossível falar dos reguladores dos serviços de saneamento básico sem adentrar na mudança do papel da ANA, cujas competências passaram a englobar importantes atribuições para racionalizar a regulação dos serviços.

Como observado anteriormente, um dos pilares do Novo Marco corresponde ao fortalecimento da regulação, inclusive com a redução dos custos de acompanhamento regulatório incorridos pelos operadores do setor de saneamento¹⁹¹. Para alcançar estes

¹⁹¹ Como é sabido, a promulgação do Novo Marco foi precedida da edição de duas medidas provisórias, cujos motivos foram claros em abordar o cenário regulatório e a proposta de alteração de competências da ANA, veja-se: “5. Um primeiro problema decorrente deste arranjo é que titulares com baixa capacidade regulatória podem afetar negativamente a eficiência e desenvolvimento do setor de saneamento básico ao influenciar a qualidade ou preço dos serviços de forma inadequada. Uma segunda consequência da falta de padronização regulatória é a existência de custos de transação relevantes aos prestadores, públicos e privados, que trabalham para diferentes titulares. Estes são obrigados a se adaptar a regras regulatórias potencialmente muito diferentes na prestação de um mesmo serviço. 6. A MP proposta atribui à Agência Natural de Águas (ANA) a competência de elaborar normas nacionais de referência regulatória para o setor de saneamento básico, que servirão como balizadores das melhores práticas para os normativos dos diferentes reguladores de saneamento básico do país. Espera-se, assim, uma elevação na qualidade das normas regulatórias para o setor de saneamento básico e uma maior uniformização regulatória em todo território nacional, enfrentando os problemas apontados acima”. (cf. exposição de motivos da Medida Provisória nº 844, de 06 de julho de 2018.)

objetivos, a legislação atribuiu à ANA competências para editar “normas de referência” sobre um plexo relevante de assuntos da política regulatória do saneamento¹⁹².

O Novo Marco ampliou a esfera de atuação da ANA, que antes somente tratava da Política Nacional de Recursos Hídricos. Após a novel legislação, a agência também passou a se ocupar das prerrogativas que a União lhe outorgou, em lei, para o setor de saneamento. Por este motivo, o seu nome passou a ser Agência Nacional das Águas e Saneamento Básico.

A ANA funciona como autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao MDR. Foi criada por meio da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, e opera com governança estruturada em respeito à Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (conhecida como “Lei das Agências Reguladoras”).

O Novo Marco incluiu o art. 4º-A na Lei nº 9.984, de 2000, prevendo que a ANA deverá instituir “normas de referência” para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por “*seus titulares*” e “*suas entidades reguladoras e fiscalizadoras*”, observadas as diretrizes para o exercício da função de regulação previstas na LNSB.

Fica, então, nítido que as normas de referência serão voltadas aos titulares e às entidades reguladoras e fiscalizadoras dos serviços. Os operadores e os usuários são afetados reflexamente.

4.2.1. Como funcionam as normas de referência da ANA?

A discussão sobre o funcionamento das “normas de referência” atribuídas à ANA é complexa, com posições doutrinárias em diversos sentidos. Há quem entenda que as normas de referência seriam simples diretrizes, a serem facultativamente seguidas pelos entes federados¹⁹³. Há quem entenda que as normas de referência são verdadeiras normas

¹⁹² Mesmo aqueles que discordam das razões que levaram à proposta legislativa parecem concordar com a importância e as vantagens de se centralizar a governança regulatória do setor, haja vista o potencial uniformizador junto de múltiplos titulares dos serviços. Cf., por exemplo, OLIVEIRA, Carlos Roberto. A regulação infranacional e o novo marco regulatório. In: GRAZIERA, Maria Luiza Machado; e OLIVEIRA, Carlos Roberto (coord.). **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021, p. 73-88.

¹⁹³ FILHO, Marçal Justen. Parecer sobre o projeto de Lei 5.296 de 2005 sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, v. 7, nº 72, maio 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista?Rev_72/index.htm. Acesso em: 25 fev.

gerais para a regulação dos serviços de saneamento básico, devendo ser compulsoriamente observadas pelos titulares e entidades reguladoras dos serviços¹⁹⁴. E há quem entenda que as normas de referência vão além de normas gerais¹⁹⁵, devendo ser observadas pelos demais entes políticos ao passo que também podem fornecer aplicação direta e imediata, com a fixação de metas que devem ser atingidas.

O tema foi recentemente objeto do julgamento de quatro ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF, todas questionando a nova competência da ANA em face da autonomia dos demais entes federados¹⁹⁶.

Embora ainda não tenha sido publicado o acórdão do julgamento, foi possível realizar análise preliminar do entendimento dos Ministros por meio de acompanhamento das sessões plenárias de julgamento, disponibilizadas em canal online da Corte¹⁹⁷.

Nestas ações, o Ministro Luiz Fux havia se manifestado em sede de apreciação do pedido liminar de um dos processos, sinalizando o entendimento pela manutenção da

2021; SOUZA, Rodrigo Pagani. Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal. *In*: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (coord.). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021, p. 89-104; e MARRARA, Thiago. “Mosaico Regulatório”: As normas de referência da ANA para regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei nº 14.026/2020. *In*: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (coord.). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021, p. 57-88.

¹⁹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer sobre o Projeto de Lei 5.295, de 2005, sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, v. 7, nº 72, maio 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/index.htm. Acesso em: 25 fev. 2021; ZOCKUN, Maurício. As competências normativas da Agência Nacional das Águas e Saneamento Básico (ANA) em razão do advento da Lei Federal 14.026, de 2020, modificativa do “marco legal” do saneamento. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 307-322; MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal 14.026/2020. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 153-186; e FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: conceito jurídico e serviços públicos. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/325/edicao-1/saneamento-basico--conceito-juridico-e-servicos-publicos>. Acesso em: 17 fev. 2021.

¹⁹⁵ Ver, p.ex., GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Regulação do Saneamento Básico no novo marco: do local ao nacionalmente homogêneo. *In*: **Coluna saneamento: Novo Marco Legal**. Ed. Fórum. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/coluna-saneamento-novo-marco-legal/regulacao-do-saneamento-basico-no-novo-marco-do-local-ao-nacionalmente-homogeneo/>. Acesso em: 19 fev. 2021; e CARVALHO, Vinícius Marques. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010, p. 372-374.

¹⁹⁶ Ver as peças iniciais das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.492, 6.583, 6.536 e 6.882.

¹⁹⁷ O julgamento foi concluído na sessão plenária de 02.12.2021.

nova competência da ANA sob fundamento de se tratar do exercício constitucionalmente habilitado à União para emitir diretrizes ao setor de saneamento¹⁹⁸.

Este entendimento foi ratificado no mérito do voto do Ministro Luiz Fux, que se limitou a afirmar que a atuação da ANA estaria inserida na competência da União para tratar de diretrizes no saneamento, o que por seu turno estaria de acordo com o tratamento federativo de cooperação entre os entes políticos, tal qual outorgado pela Constituição de 1988. Não se chegou a detalhar a natureza jurídica das “normas de referência”, com Ministros alternando chamá-las de “normas gerais” e de “diretrizes”.

O entendimento da relatoria do Ministro Luiz Fux foi acompanhado pela maioria dos Ministros da Corte, restando vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, sendo que os dois primeiros teriam entendido pela inconstitucionalidade das competências da ANA, haja vista suposta usurpação de competências municipais.

Dissidências a parte, parece pacífico na Corte que as tais normas de referência da ANA não serão vinculantes, de adesão compulsória. Os titulares dos serviços e as entidades de regulação terão liberdade para aderir ou não aos normativos da ANA, que acabará por desenvolver uma *soft regulation*, determinando diretrizes para induzir a padronização da regulação setorial.

4.2.2. Qual seria o mecanismo de *enforcement* das normas de referência da ANA?

A observância das “normas de referência” pelos titulares e entidades de regulação está assegurada pelo condicionamento de repasses dos recursos federais e das empresas controladas pela União (principalmente dos bancos públicos federais). Isto é, somente aqueles que seguirem as normas de referência seguirão tendo acesso aos recursos públicos federais, conhecidos no setor por financiar boa parte dos investimentos nos empreendimentos de água e esgoto.

Trata-se do uso do chamado *spending power* do governo federal, segundo o qual a União utiliza a alocação de recursos federais para fomentar determinada política pública. Esta é uma prerrogativa já implementada pelo governo federal no passado,

¹⁹⁸ Cf. Decisão Monocrática do Min. Luiz Fux, proferida no julgamento do pedido cautelar da ADI nº 6.492, em 03/08/2020.

inclusive no setor de saneamento. Exemplo disso passa pela exigência da estruturação de colegiado consultivo no ramo de controle social, englobando também a lógica de incentivos regulatórios da PNRS para elaboração dos respectivos planos de resíduos. Também foi assim que a União estruturou o PLANASA, em outras épocas, condicionando o acesso de recursos federais àqueles estados que constituíssem suas CESBs para apoiar a política de universalização dos serviços¹⁹⁹.

O tema por vezes engloba avaliação sob a luz dos precedentes da Suprema Corte Americana²⁰⁰. De acordo com os parâmetros fixados no caso *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987), a validação do uso legítimo do *spending power* depende, na realidade norte-americana, de teste argumentativo que confirme (i) que a medida foi realizada em promoção do interesse público geral (“*general welfare*”); (ii) que as condicionantes para acesso aos recursos sejam claras, precisas e sem ambiguidades; (iii) que as condições para acesso aos recursos detenham relação com programa federal; (iv) que as condicionantes não fomentem práticas inconstitucionais/ilegais (p. ex. incentivar corrupção para receber recursos federais); e (v) que a restrição de recursos não seja tão grande a ponto de ser considerada coercitiva para adesão dos entes federados às condições de acesso aos recursos (i.e. “*pressure turns into compulsion*”).

No Brasil, a questão do *spending power* da União foi ponto central nos debates e votos proferidos durante as sessões públicas de julgamento das ações que questionavam a constitucionalidade do Novo Marco. Os Ministros interpretaram os condicionamentos de recursos federais como unicamente aplicáveis aos recursos voluntários, o que permitiu o reconhecimento da constitucionalidade do expediente normativo.

Antes do julgamento, aliás, André Cyrino²⁰¹ já alertava que a Corte poderia se valer - como de fato o fez por meio de Voto do Ministro Gilmar Mendes - do precedente que analisou a validade da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000), pelo qual “*referendou-se a legitimidade das normas que condicionam as transferências voluntárias da União ao atendimento do regime fiscal ali instituído (vide*

¹⁹⁹ Ver política da Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978, bem como o Decreto nº 82.587, de 6 de novembro de 1978.

²⁰⁰ Ver, por exemplo, *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937); *Oklahoma v. Civil Service Commission*, 330 U.S. 127 (1947); *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203, 207–12 (1987); *National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius*, 567 U.S._____, slip op. (2012).

²⁰¹ CYRINO, André. **A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência**: soft law federativo? Artigo publicado no veículo eletrônico Jota, em 23/09/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/>. Acesso em: 05 ago. 2021.

ADI nº 2.238). Para o STF, como as transferências não são obrigatórias, não existiria violação ao pacto federativo”.

Houve até mesmo o entendimento de mais de um Ministro reiterando que sequer seria necessária previsão legal para condicionar o repasse de recursos voluntários. A União ou os bancos federais detém prerrogativa de impor condições para acesso de recursos voluntários, por exemplo, mediante convênios e outros instrumentos celebrados junto aos demais entes políticos ou entidades de sua administração. A previsão normativa do *spending power* somente agregaria mais segurança jurídica à atuação federal.

A análise de razoabilidade do uso do *spending power* no saneamento foi citada pelos julgadores em rápidas passagens, baseando-se aparentemente quase que exclusivamente na questão da voluntariedade dos repasses para aqueles que defenderam a constitucionalidade do Novo Marco, ao passo que os Ministros que reconheciam inconstitucionalidade da norma se valiam do argumento de que a União é a patrocinadora do saneamento por excelência, com conhecida atuação financeira no setor, o que forçaria entidades locais a necessariamente adotarem as “normas de referência” da ANA e obliquamente feriria a autonomia dos titulares.

Não parece ter havido detida análise sobre o tema como sugerido pela jurisprudência norte-americana. Não obstante, é fato que o STF parece ter afastado qualquer dúvida sobre a possibilidade de a ANA expedir as suas “normas de referência”, as quais terão caráter facultativo, mas condicionante ao acesso de recursos federais voluntários.

4.2.3. Qual seria o alcance de conteúdo das referidas “normas de referência”?

A legislação dita que ao editar as “normas de referência”, a ANA deverá se atentar às diretrizes da legislação setorial, como, por exemplo, arts. 22 e 23 da LNSB, limitando-se a dispor, em termos de conteúdo, sobre os assuntos arrolados no § 1º do art. 4º-A da Lei nº 9.984, de 2000. Reproduzimos abaixo o normativo:

Art. 4º-A - [...] § 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre:

I - padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico;

II - regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos

naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico;

III - padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades;

IV - metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos;

V - critérios para a contabilidade regulatória;

VI - redução progressiva e controle da perda de água;

VII - metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados;

VIII - governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007;

IX - reuso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública;

X - parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico;

XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes;

XII - sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico;

XIII - conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

Como pode ser observado dos incisos supratranscritos, a ANA deverá se ocupar de “normas de referência” para os mais variados assuntos do saneamento, dentre os quais destacam-se questões intrinsecamente ligadas à regulação econômica e seu regime jurídico (vide incisos II, IV, V, VII, e XIII).

A legislação atribuiu à ANA a competência para dispor de assuntos essenciais para formulação da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, sem mencionar que o tratamento referencial de temas como indicadores de metas de universalização também pode reflexamente afetar a regulação econômica, comprometendo não só a eficiência operacional, como também a própria equação econômico-financeira dos contratos.

Por exemplo, o uso de indicadores que medem conexões de água pode mascarar afastar ganhos com a cobrança pela disponibilidade dos serviços. Além disso, a estipulação de critérios de cálculo indenizatório para investimentos realizados nos ativos

do saneamento poderá impactar financiamentos em curso, ou mesmo determinar a revisão de tarifas para cobrir com um novo patamar de valores voltados à indenização.

Tudo isso para dizer que as “normas de referência” da ANA, mesmo carregando natureza jurídica de simples diretrizes, terão o condão de influenciar sobremaneira na regulação econômica que é operada por diversas entidades regulatórias pelo país.

4.2.4. Haveria problemas advindos das “normas de referência” da ANA em face da autonomia das entidades de regulação?

O trabalho da ANA será certamente árduo, tendo a difícil tarefa de equalizar particularidades locais/regionais com normas regulatórias que permitam maior unificação nacional daquilo que seriam boas práticas para tratamento regulatório do setor de água e esgoto.

O Novo Marco dispôs de governança interna da ANA permitindo o diálogo com as entidades de regulação locais e regionais, de forma a mitigar os riscos de interferência da entidade federal nas demais esferas de regulação dos serviços de água e esgoto.

A competência de editar “normas de referência” não será exercida da noite para o dia. Haverá edição de normas de modo progressivo, respeitando a segurança jurídica dos atos jurídicos e dos negócios jurídicos já celebrados (*cf.* § 7º do art. 4º-A).

Também é necessário observar que o Novo Marco dispôs que o processo de formulação e promulgação destas “normas de referência” observe rígida governança de diálogo com os agentes do mercado, incluindo entidades reguladoras locais e regionais, usuários, operadores, titulares etc.²⁰²

Não por outro motivo, o § 4º do art. 4º-A prevê procedimentos obrigatórios para que a ANA conclua a edição das “normas de referência”, exigindo (i) a avaliação das melhores práticas regulatórias do setor, ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos municípios²⁰³; (ii) a realização de consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos

²⁰² Afinal, lembra-se que o saneamento deve observar rígida diretriz de controle social das funções regulatórias, operando diferentes mecanismos para tanto.

²⁰³ O § 10º do art. 4º-A deixa claro que “Caberá à ANA elaborar estudos técnicos para o desenvolvimento das melhores práticas regulatórias para os serviços públicos de saneamento básico, bem como guias e manuais para subsidiar o desenvolvimento das referidas práticas”.

atos, bem como possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas²⁰⁴; e (iii) a possibilidade de, ao critério de conveniência e oportunidade da ANA, se constituírem grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos municípios para auxiliar na elaboração das referidas normas. Ou seja, as normas de referência serão elaboradas conjuntamente com os principais agentes do setor, com atenção de sólidas diretrizes legais²⁰⁵.

Por exigência da legislação, a regulação de referência precisará fomentar padronização na regulação do setor sem fulminar as peculiaridades locais e regionais. Assim, o risco da ANA se esmiuçar na competência dos reguladores locais é mitigado pelo próprio Novo Marco. Ao determinar diretrizes para a edição das “normas de referência”, o § 3º do art. 4º-A²⁰⁶, prevê que tais normas possibilitem “*a adoção de métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades locais e regionais*”.

As “normas de referência”, portanto, precisam ser abertas o suficiente, ou redigidas de forma tal, para não sufocarem as peculiaridades locais e regionais, sob pena de serem declaradas ilegais em face do Novo Marco – sem mencionar eventuais potenciais inconstitucionalidades em razão da ingerência federal no campo de titularidade de outros entes políticos.

²⁰⁴ Oportuno mencionar que a obrigatoriedade da realização de Análise de Impacto Regulatório já estava prevista na Lei das Agências Reguladoras sobre a qual a ANA está vinculada, observado o art. 6º da referida legislação sobre os procedimentos da AIR. O mesmo pode ser dito das consultas públicas, cuja prevista encontra eco no art. 9º da mesma legislação para agências reguladoras.

²⁰⁵ Sobre a importância de sólido processo administrativo para edição das normas de referências, recomenda-se ver FORTINI, Cristiana; e SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Novo Marco do Saneamento e a atividade regulatória. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 335-354.

²⁰⁶ Art. 4º-A [...] § 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão: I - promover a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, observados os princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da utilização racional dos recursos hídricos e da universalização dos serviços; II - estimular a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços; III - estimular a cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e a modicidade tarifária; IV - possibilitar a adoção de métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades locais e regionais; V - incentivar a regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços; VI - estabelecer parâmetros e periodicidade mínimos para medição do cumprimento das metas de cobertura dos serviços e do atendimento aos indicadores de qualidade e aos padrões de potabilidade, observadas as peculiaridades contratuais e regionais; VII - estabelecer critérios limitadores da sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final, independentemente da configuração de subcontratações ou de subdelegações; e VIII - assegurar a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

A análise de prática semelhante no meio internacional igualmente começa a ser estudada para sinalizar aprendizados interessantes. Por exemplo, o observatório do Banco Mundial para os serviços de saneamento aponta o curioso caso da regulação de saneamento na Colômbia²⁰⁷. Neste país há aparente distribuição de competências aos municípios para outorga e acompanhamento da execução de concessões dos serviços, cujos termos não afastam a observância de normas gerais e abstratas, emitidas por agências nacionais²⁰⁸, determinando padrões de qualidade e metodologia para fixação dos valores tarifários.

Aparentemente, a referida divisão de competências entre regulação local e a regulação nacional tem gerado alguns desafios, como, por exemplo, aumento da assimetria de informações para o regulador independente nacional, focando em questões gerais dos serviços em detrimento de características locais específicas, dando azo a falhas no monitoramento da execução contratual, com acompanhamentos díspares das obrigações para os operadores. É dizer, o modelo colombiano sugere outros desafios ao conciliar normas gerais e uma fiscalização/regulação local.

Talvez esse risco seja mitigado no Brasil pelo fato de que as “normas de referência” emitidas pela ANA ainda serão complementadas pelas entidades de regulação locais e regionais, as quais terão voz no processo de formulação da regulação referencial. Ou seja, aqui parece que ter sido estruturada governança que permita mitigar os riscos de descasamento das “normas de referência” com a realidade de acompanhamento e fiscalização da prestação material dos serviços públicos. Essa governança, contudo, ainda deverá ser testada.

Até dezembro de 2021, a ANA somente havia publicado duas “normas de referência”. A primeira, envolve o regime, a estrutura e parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como os procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias, conforme os termos da Resolução ANA nº 79, de 14 de junho de 2021, responsável por aprovar a Norma de Referência nº 01. A segunda “norma de referência” envolve a padronização dos aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão, para prestação de serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, visando a incorporação das metas previstas no

²⁰⁷ Cf. “*Water Regulation: Regulation by Contract with a Separate Regulator (Hybrid)*”.

²⁰⁸ Vide normas dispostas pela Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA). Disponível em: <http://cra.gov.co/seccion/inicio.html>. Acesso em: 12 out. 2018.

Art. 11-B da LNSB, após redação do Novo Marco. Esta segunda norma foi positivada pela Resolução ANA nº 106, de 04 de novembro de 2021.

Análise das duas normas demonstra perfis bastante diferentes dos normativos. Enquanto a primeira é aberta, buscando abarcar várias situações fáticas para organizar a cobrança dos serviços de resíduos sólidos, a segunda norma é mais fechada, dispondo em seus anexos de índices e metodologias mais específicas para acompanhar a introdução das metas de universalização nos contratos de água e esgoto.

Potencial debate parece estar surgindo diante do perfil mais focado da segunda norma, haja vista a adoção de um índice que apura conexões ao invés de disponibilidade dos serviços. A partir destas críticas pode-se sugerir que talvez o processo de diálogo com agentes de mercado precise ser aprimorado. Sem este processo poderão restar frustrados os princípios de modicidade tarifária, eficiência e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, logo, tornando a “norma de referência” antijurídica. Avaliações pontuais ainda precisarão ser conduzidas.

O acompanhamento da publicação das “normas de referência” pela ANA vem sendo realizado pela ABCON, mediante plataforma eletrônica com “Painel de Monitoramento da Implementação do Novo Marco Legal”, sugerindo que a atuação referencial da ANA está atrasada diante do cronograma inicial da Agência, e reforçando a ideia da publicação progressiva de normativos, com constante controle e interlocução junto aos agentes de mercado e entidades locais de regulação.

5 DA REGULAÇÃO DE PREÇOS SOB A DIMENSÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA LNSB

A LNSB detém um capítulo específico sobre os aspectos econômicos e sociais dos serviços públicos de saneamento básico, com institutos jurídicos e regras próprias para que as entidades reguladoras desenvolvam a regulação econômica²⁰⁹. Trata-se de importante capítulo normativo, cujos dispositivos reforçam a atuação regulatória pautada

²⁰⁹ Também existem tópicos específicos sobre a dimensão técnica. Embora se reconheça o potencial impacto de questões técnicas e materiais na composição dos preços cobrados pelos serviços, estes impactos, quando existentes, são indiretos. Desta forma, entende-se não ser o caso de aprofundar os detalhes operacionais que a LNSB determina caber à regulação. Isto poderá ser objeto de outro trabalho.

na busca pelo equilíbrio da equação econômico-financeira utilizada para sustentar a prestação adequada e módica dos serviços públicos, sem perder de vistas a eficiência operacional.

Neste trecho da norma, fica claro que o foco da LNSB realmente se encontra na sustentabilidade do equilíbrio econômico-financeiro dos serviços públicos de saneamento (art. 29)²¹⁰, o que poderá ser viabilizado pelo equilíbrio econômico-financeiro dos custos do prestador ou, conforme o caso, por meio do equilíbrio econômico-financeiro da proposta que conferiu origem ao contrato de delegação. A forma dependerá do arranjo jurídico-regulatório adotado no caso concreto, considerando as modalidades regulatórias fixadas pelo regulador e pelo titular dos serviços nos instrumentos de delegação, assim como a presença de circunstâncias fáticas e falhas de mercado.

Estas particularidades fizeram com que o setor de saneamento acompanhasse outros serviços públicos e previsse uma série de institutos jurídicos para apoiar a regulação econômica. Irá se demonstrar os principais instrumentos jurídicos previstos pela LNSB para a regulação econômica, validando a noção regulatória exposta anteriormente para demonstrar (i) que a regulação de preços está constantemente trabalhando sob a ótica do equilíbrio entre a sustentabilidade econômico-financeira lastreada na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos instrumentos de delegação, modicidade tarifária e eficiência; e (ii) que as ferramentas regulatórias e a incidência destes institutos jurídicos merece atenção para situações específicas.

5.1 Da cobrança pelos serviços de saneamento básico

A sustentabilidade econômico-financeira dos serviços de água e esgoto passa pela cobrança junto aos usuários. E esta cobrança, de acordo com a LNSB, poderá se dar “na

²¹⁰ Vale as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem “O objetivo de preservação da sustentabilidade dos operadores não pode nem deve ser confundida com a proteção regulatória da ineficiência econômica do operador ou com a proteção dos interesses individuais dos seus controladores. Porém, há que se ter em mente que a finalidade da intervenção estatal num setor é assegurar que a sociedade disponha de utilidades públicas relevantes, para a oferta das quais é imprescindível a presença de operadores (públicos ou privados). Nenhum benefício coletivo, há em que se desorganize a atividade destes operadores, em que se enfraqueça sua higidez econômico-financeira ou que se lhes incapacite a capacidade produtiva” (cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: Berenice de Souza Cordeiro (coord.). **Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de saneamento básico**. Brasília: Editora, 2009, p. 172-173)

forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos, conjuntamente” (inciso I do art. 29).

A taxa é espécie tributária, atraindo todo regime jurídico tributário fixado pela Constituição Federal e pela legislação aplicável. Na hipótese de se remunerarem os serviços por meio de taxas, se faz preciso a promulgação de lei específica para instituição da taxa e para cada reajuste dos seus valores, devendo-se atender os princípios e garantias da anterioridade toda vez que houver majoração do tributo (para além das demais regras incidentes ao regime particular dos tributos, vide art. 145 e seguintes da Constituição Federal).

Diferente é o caso da tarifa, cuja origem é contratual, com possibilidade de alteração dos valores segundo as regras do contrato, observado tão somente os preceitos de majoração previstos na regulação setorial (contratual e institucional, de agência). Na tarifa a entidade de regulação tenderia a ter maior liberdade de dispor alterações na política tarifária, inclusive para seu controle – é claro que tudo a depender da prescrição contratual e estatutária do caso concreto.

Conforme entendimentos da literatura especializada²¹¹, as tarifas fazem parte das cláusulas regulamentares dos contratos de delegação, podendo até mesmo sofrer alterações unilaterais sempre que combinadas com a revisão dos encargos e benefícios contratados para manter o equilíbrio econômico-financeiro dos serviços (vide, p.ex., §4º do art. 9º da Lei nº 8.987/1995).

É dizer, o Poder Concedente e a entidade de regulação podem dispor da política tarifária, alterando-a para cumprir com a política pública do saneamento ou endereçando fatores adversos ao cumprimento do contrato de delegação. Como contrapartida, o delegatário goza da garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Fundamental ter em mente que o equilíbrio econômico-financeiro não carrega definição aprioristicamente positivada no Direito²¹². E nem poderia fazê-lo, já que cada contrato é único, detendo condições próprias de encargos e remuneração.

²¹¹ Vide p.ex. CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 47 e seguintes.

²¹² Cf. MOREIRA, Ego Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

Diversos autores²¹³ defendem que o art. 175, *caput*, da Constituição Federal alocaria na formação da política tarifária o balanceamento da arrecadação de recursos necessários a sustentabilidade econômico-financeira da prestação de cada serviço delegado, não havendo que se falar em um percentual ou valor necessariamente fixo para ser adotado ao longo de toda execução contratual. O equilíbrio econômico-financeiro da delegação seria fixado na legislação aplicável ao serviço específico ou nos seus instrumentos de delegação (cf. art. 10 da Lei nº 8.987/1995).

A consequência disso é que a equação econômico-financeira das tarifas poderá se dar de forma a acompanhar premissas fixadas à época da licitação, com parâmetros econômicos fixos de taxa de retorno, como também, alternativa (ou complementarmente), poder-se-á fixar equilíbrio econômico-financeiro dinâmico da composição das tarifas, desde que respeitada a sua sustentabilidade. Exemplo da primeira situação estaria nas concessões dos serviços públicos rodoviários, que em nível federal são pautadas regras para acompanhar as premissas dos planos de negócios da época dos certames para de forma manter as condições de execução dos investimentos originalmente previstos, ao passo que a segunda situação seria exemplificada pelas concessões de gás canalizado e distribuição de energia elétrica, nas quais o equilíbrio contratual seria periodicamente reavaliado pela entidade reguladora, com base nos custos dos serviços e suas estimativas de investimento. No saneamento existem exemplos de ambos os casos, a serem explorados mais adiante.

Por enquanto é preciso entender que a política de cobrança de tarifas pela prestação dos serviços públicos de saneamento básico deve observar, por força do §1º do art. 29 da LNSB, as seguintes diretrizes: (i) prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública (*e.g.* os hospitais devem ser continuamente abastecidos de água, com prestação dos serviços de coleta de efluentes); (ii) ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços; (iii) geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço; (iv) inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos²¹⁴; (v) recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de

²¹³ V.g. DE ALENCAR, Letícia Lins. **Equilíbrio na Concessão**. Belo Horizonte: Fórum, 2019; bem como LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2020.

²¹⁴ Por exemplo, a criação de bonificação tarifária pela redução do consumo e a aplicação de penalidades tarifárias pelo excesso de consumo de água durante os períodos de crise hídrica no Brasil.

eficiência; (vi) remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços; (vii) estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços; (viii) incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.

A composição de todos estes elementos forma a política tarifária que será utilizada para viabilizar a prestação dos serviços de água e esgoto. E a análise das diretrizes demonstra exatamente os direcionamentos anteriormente destacados para a regulação econômica, quais sejam: elementos de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos serviços (ver itens “iii”, “v” e “vi”); modicidade tarifária (cf. itens “i” e “ii”); e aplicação do princípio de eficiência na prestação material dos serviços públicos (vide itens “iv”, “vii” e “viii”).

Reforça-se, portanto, os argumentos anteriores no sentido de que a legislação do saneamento impulsiona a regulação econômica sob a linha mestra destes três institutos jurídicos, os quais compõem o centro do regime jurídico da regulação de preços, estando fixados sob base legal e normalmente detêm previsão contratual.

Outro exemplo disso é que a LNSB também determina que a estrutura da cobrança dos serviços públicos de saneamento básico deva considerar fatores como categorias de usuários, as quais seriam distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo; padrões de uso ou de qualidade requeridos; quantidade mínima de consumo ou de utilização de serviço; custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas; capacidade de pagamentos dos usuários; e ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos (cf. art. 30)²¹⁵.

Estes requisitos são todos ligados a efficientização da universalização dos serviços, ao passo que buscam proteger a modicidade de preços para certos usuários e proporcionar proteção econômico-financeira para o plano de investimento determinado à prestação material dos serviços.

Não por outro motivo as categorias de consumidores, com as regras de faturamento mínimo para cobrir os custos dos serviços, encontram amparo tanto nos

²¹⁵ Para uma abordagem sobre a sustentabilidade das categorias tarifárias sugere-se: AURÉLIO, Bruno; SILVA, Renan Sona. Sustentabilidade econômica e social. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 479 e seguintes.

anexos aos contratos de concessão do setor²¹⁶, como também nas normas das agências reguladoras²¹⁷, por vezes com interconexões entre ambas²¹⁸. Trata-se de questão essencial para equilibrar a sustentabilidade econômico-financeira e a modicidade tarifária, endereçada conforme a modalidade de regulação alocada para cada projeto, convergindo ambas conforme o caso concreto.

E esta sustentabilidade poderá advir inclusive da cobrança de outros preços públicos, provenientes de atividades acessórias prestadas pelos operadores, por exemplo, com relação aos serviços de conexão da rede, instalação dos medidores de consumo d'água ou mesmo a venda do lodo como adubo agrícola.

Quer dizer, a legislação reconheceu que a receita das concessionárias também poderá advir de receitas complementares, acessórias ou associadas, mesmo que a principal fonte de remuneração das concessões seja a tarifa. Com este reconhecimento da LNSB, alarga-se a possibilidade de se desenvolver empreendimento lastreado parcialmente em outras fontes de renda previstas para os operadores.

Caberá aos instrumentos de delegação prever as formas de compartilhamento das receitas advindas deste tipo de atividade acessória para fins da modicidade tarifária. Por exemplo, é possível que, havendo previsibilidade de receitas, tal compartilhamento seja operado já no momento de modelagem da delegação, considerando tais valores como parte do preço a ser utilizado para custear os serviços de água e esgoto, baixando as tarifas a serem cobradas dos usuários logo após a delegação. Dito de outra forma, é possível prever que o desenvolvimento de atividades acessórias será afeto a sustentabilidade do negócio e, portanto, deverá compor o preço mínimo a ser fixado nas licitações para delegação dos serviços.

Por outro lado, é possível que muitas destas atividades acessórias, associadas ou complementares ainda estejam por ser descobertas, seja pela incapacidade de no momento

²¹⁶ Ver, por exemplo, o Anexo VII ao Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, por Blocos de Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

²¹⁷ Cita-se como exemplo o art. 4º da Resolução nº 106 da ARSESP, no estado de São Paulo.

²¹⁸ No caso do Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, por Blocos de Municípios do estado do Rio de Janeiro, aproveitou-se as categorias e as tarifas fixadas na Deliberação ANGERSA nº 3.898, referente ao reajuste das tarifas da Cedae, para fixar as regras tarifárias de base do contrato, as quais podem ser alteradas de acordo com o regimento contratual próprio. As informações da concessão estão disponíveis em: <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos.php>. Acesso em: 03 ago. 2021. As informações sobre a deliberação da ANGERSA estão disponíveis em: http://www.agenersa.rj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2986&Itemid=208. Acesso em: 03 ago. 2021.

da modelagem se prever as condições de negócios da sua exploração, seja pela impossibilidade de se antever desdobramentos tecnológicos que dão azo à novos negócios, conexos aos serviços delegados. Nestas situações, os instrumentos de delegação deverão regrar as condições para exploração e compartilhamento das receitas a serem futuramente auferidas pelos delegatários.

De um jeito ou de outro, é a modicidade tarifária e a eficiência que deverão guiar o titular e a entidade reguladora no tratamento regulatório das receitas provenientes dos serviços públicos e das suas atividades conexas, observado o formato da cobrança de valores junto aos usuários (se taxa ou tarifa, por exemplo).

Excepcionalmente, outras justificativas de interesse público poderão permitir a exploração de receitas acessórias para fomentar determinada proliferação de atividade de utilidade pública, alinhada a política pública local. É o caso, por exemplo, de se deixar de compartilhar receitas diretamente auferidas da atividade acessória para diminuir os riscos de sua exploração pelo delegatário e fomentar o seu desenvolvimento²¹⁹.

5.1.1 Cobrança pela disponibilidade dos serviços no Novo Marco

O Novo Marco foi responsável por alterar o conceito das atividades que integram o universo jurídico do saneamento básico, sobretudo para deixar claro que os serviços darão azo ao recolhimento de tarifas, taxas ou preços públicos mesmo na hipótese de sua simples “*disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais*” aos usuários²²⁰.

²¹⁹ Poderia ser o caso, por exemplo, da implantação de rede de wi-fi e tecnologias de cidades inteligentes (*smart cities*) para acompanhar os serviços e em paralelo oferecer utilidades de internet das coisas para população local, sem beneficiar este ou aquele determinado usuário.

²²⁰ O Novo Marco imprimiu outra redação ao art. 3º, inciso I, da LNSB, passando a conceituar os serviços de saneamento da seguinte forma: art. 3º [...] I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela *disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais* necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela *disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais* necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reuso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela *disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta*, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos

Ou seja, operou-se alteração central para fins da regulação econômica dos serviços. Não se está mais cobrando somente quando há prestação efetiva da coleta, tratamento e destinação dos efluentes; passou-se a admitir cobrança também pela sua disponibilização. Os impactos desta redação para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços são enormes, assim como quando se considera a esfera de proteção dos usuários (modicidade tarifária).

A alteração redacional promovida pelo Novo Marco busca atingir antiga polêmica do setor²²¹ para promoção de condições econômico-financeiras da sustentabilidade dos serviços de saneamento.

Em oportuno artigo, Artur Porto Alegre²²² comenta o tema, entendendo que o Novo Marco encampou a tese de que os serviços públicos de saneamento detêm nítida relação com a saúde pública, carecendo de muitos investimentos (custos fixos afundados no linguajar econômico), para serem economicamente viáveis e favorecerem toda a população, o que permitiria a cobrança extraordinária pela disponibilidade dos serviços.

O raciocínio é linear. Os operadores do saneamento básico devem sempre buscar a universalização dos serviços, com a ampliação constante da infraestrutura de rede para atender todos os cidadãos. No entanto, tais prestadores não podem obrigatoriamente conectar os usuários à rede dos serviços de saneamento. Isso cabe a cada usuário. Por sua vez, a expansão da infraestrutura dos serviços sem a conexão e o pagamento de valores pela disponibilidade da rede leva ao inevitável descompasso econômico-financeiro dos contratos de prestação, os quais têm sua equação econômico-financeira protegida pelo ordenamento jurídico. Ademais, a ausência de conexão pelos usuários nas redes de saneamento prejudica outras políticas públicas, como a saúde (haja vista a potencial disposição inadequada de rejeitos e efluentes). Portanto, considerando estes impactos, seria constitucional a alteração do conceito dos serviços de saneamento, permitindo que os serviços de saneamento sempre sejam remunerados pela sua disponibilidade (ainda

resíduos de limpeza urbana; e d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes;

²²¹ V.g. discussão no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Agravo de Instrumento nº 00091498620198250000, Rel. Roberto Eugenio da Fonseca Porta, j. 17/12/2019, 1ª Câmara Cível.

²²² ALEGRE, Artur Porto. Serviço público de saneamento básico: abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Conceitos e implicações no novo marco regulatório. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020.

que com valor mínimo), sem prejuízo da posterior conexão e usufruto dos serviços pelos usuários.

Não se trata de cobrança de valor mínimo pelo consumo dos serviços. Isso já está pacificado pela doutrina e pela jurisprudência²²³. O ponto aqui é permitir a cobrança pela disponibilidade do serviço, é dizer, pelo serviço potencial.

E isso porque há quem defenda ser inconstitucional a cobrança de tarifas e preços públicos pela mera disponibilidade de serviços públicos, já que, neste entender, a cobrança pela disponibilidade dos serviços tão somente seria possível no caso de taxas, haja vista expressa previsão constitucional do art. 145, inciso II²²⁴.

Esta é a visão, por exemplo, que Jacintho Arruda Câmara desenvolveu na sua tese de doutoramento, quando do estudo das tarifas nas concessões²²⁵. O autor inicialmente realiza cuidadosa análise da jurisprudência dos tribunais para inferir que inexistem critérios uniformes para se impor taxas ou tarifas à remuneração dos serviços públicos²²⁶. Contudo, na visão do autor, haveria forte corrente jurisprudencial e doutrinária que acredita haver incidência de taxa quando o usufruto dos serviços for obrigatório. As tarifas seriam permitidas para os casos em que o usufruto dos serviços for facultativo.

Essa linha estaria embasada na Súmula 454, de 03/12/1969, do STF, segundo a qual *“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”*.

Destaca-se o julgamento do RE 89.876, datado de 04/09/1980, no qual aparentemente a corte determinou que os serviços de limpeza urbana somente poderiam ser remunerados mediante taxa, haja vista a obrigatoriedade da remoção de lixo.

²²³ Os debates hoje em dia giram em torno da quantidade do valor mínimo e dos critérios utilizados para conferir benefícios tarifários para população de baixa renda, isto é, a discussão encontra-se no critério de proporcionalidade da política tarifária, observados critérios técnicos e específicos (p.ex. a adoção de 10m³ como critério de consumo mínimo ou o uso de cadastro de programas sociais para aplicação dos benefícios tarifários).

²²⁴ Art. 145 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

²²⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 33-46.

²²⁶ Nos dizeres do autor, a jurisprudência nacional vem adotando os seguintes critérios para definir a aplicação de taxas ou de tarifas, destacam-se os três principais: (i) a delegabilidade dos serviços, visto que, se passível de delegação à iniciativa privada, os serviços poderão ser remunerados por tarifa em vista do seu caráter mais flexível e apropriado ao regime de concessão; (ii) a obrigatoriedade na utilização dos serviços; e (iii) a entidade que presta os serviços.

De acordo com esta perspectiva, portanto, a redação do conceito de saneamento básico do Novo Marco poderia ser declarada inconstitucional.

Convém observar, de outro lado, que o próprio jurista ressalva que a adoção indiscriminada da obrigatoriedade como critério para definição da cobrança de taxa ou de tarifa não é certo no STF, visto que a Ministra Ellen Gracie haveria apontado a aplicabilidade de critério de delegabilidade para fins do uso do regime tarifário aos serviços de água e esgoto, deixando de prestigiar a obrigatoriedade (*vide* RE 201.630).

Ainda mais recente, o mesmo posicionamento parece ter sido reforçado no RE 549.212, que, por meio de decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux²²⁷, ratifica a adoção do critério de delegabilidade para fins do uso tarifário, *in verbis*: “A remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas”²²⁸.

Ao que tudo indica, a Corte privilegia o critério da delegabilidade em detrimento do critério da obrigatoriedade para avaliar a remuneração nos casos dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Augusto Nevez Dal Pozzo²²⁹ parece deter entendimento convalidando tal posição, reconhecendo que os serviços públicos devem, em regra, ser remunerados por tarifa na medida da sua prestação aos usuários, havendo uma exceção para o saneamento básico. Isto é, a tarifa necessita de um serviço fruível que após sua fruição pelo usuário dê ao concessionário o direito de recolher o respectivo preço pela prestação da utilidade ou comodidade. No entanto, esta regra teria uma exceção justamente para o setor de saneamento básico, na medida em que, por ponderação de princípios, o aludido serviço tem importância fundamental no combate de doenças e promoção da saúde pública. Por

²²⁷ RE 549.212, DJe-028 DIVULG. 08/02/2013 PUBLIC. 13/02/2013.

²²⁸ A decisão cita um série de precedentes da Corte, *vide* RE nº 447.536-ED, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 26/08/05; AI nº 516.402- AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 21/11/08; RE nº 544.289-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 19/06/09; AI nº 765.037, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 15/09/11; AI nº 765.696, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 07/10/11; RE nº 637.132, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 03/08/11; RE nº 509.167, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 28/04/11; AI nº 825.216, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 14/04/11; RE nº 486.306, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 02/02/11, entre outros.

²²⁹ Cf. DAL POZZO, Augusto Neves. **O Direito Administrativo da Infraestrutura**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2020, p. 83-85.

isso o autor afirma ser possível sustentar, em determinados casos, “*a obrigatoriedade de conexão ao serviço pelo usuário quando se demonstre que a solução individual é inviável, de sorte a proteger o interesse maior relativo à higidez da coletividade*”.

Vale observar que o tema segue alvo de discussão no STF para o setor de resíduos sólidos. Especificamente, fala-se do julgamento do RE 847.429, que avalia a cobrança de valores pela prestação dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos em Joinville, no estado de Santa Catarina²³⁰, no qual questiona-se o uso da tarifa para remunerar os serviços ligados aos resíduos sólidos. Foi reconhecida repercussão geral, mas o julgamento do mérito da causa segue pendente, detendo potencial de impactar nos debates aqui descritos.

Não obstante, entende-se preciso esclarecer que parece acertada a corrente que defende a constitucionalidade da medida do Novo Marco, mesmo que este ponto específico ainda não tenha sido analisado pelo STF nas manifestações orais colhidas durante sessão plenária de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade que questionavam a legislação²³¹.

Além dos argumentos lançados acima por Artur Porto Alegre e Augusto Neves Dal Pozzo, é merecido acrescentar outros argumentos:

O fato de a Constituição expressamente prever que as taxas podem ser cobradas pelo potencial serviço a ser prestado aos usuários não afastaria a possibilidade de a tarifa também cobrar pela disponibilidade dos serviços públicos. É dizer, não há vedação expressa na Constituição Federal dispondo que as tarifas não possam ser cobradas pela disponibilidade de um serviço público quando da delegação das competências materiais aos particulares. Esta construção adveio exclusivamente de leitura doutrinária.

Cada serviço público detém as características que o ordenamento jurídico lhe outorgar. E por isso o art. 175 da Constituição delega ao legislador ordinário regular a política tarifária para cada serviço público, garantindo flexibilidade no tratamento tarifário desde que observados os princípios constitucionais, dentre os quais destaca-se a saúde pública e a proteção do meio ambiente.

²³⁰ O processo segue pendente de julgamento, estando sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, sob o nº 1006597-18.2006.8.24.0000.

²³¹ O julgamento foi concluído na sessão plenária de 02.12.2021, referente ao questionado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.492, 6.583, 6.536 e 6.882.

E há na legislação do saneamento a obrigação de os usuários se conectarem na rede de saneamento independentemente do regime de prestação dos serviços (*vide* art. 45 da LNSB), quer dizer, para proteger a saúde coletiva e o meio ambiente, a legislação determina obrigação de o usuário se conectar à rede – e, sim, pagar pela sua disponibilidade.

Não faz sentido permitir a prestação dos serviços em desrespeito aos valores sanitários e ao meio ambiente, simplesmente por ausência de interesse do usuário em se conectar (contrariando o determinado pela legislação). É o caso de que os interesses coletivos prevalecem aos particulares, com expresso comando legal. Este entendimento, inclusive, parece já ter sido chancelado pelo TCU, em acórdão de auditoria sobre as políticas de saneamento em face da crise hídrica²³².

Logo, parece haver constitucionalidade em se exigir a conexão e se permitir a cobrança da disponibilidade dos serviços por meio de tarifas. Privilegia-se o critério da delegabilidade para viabilizar economicamente a prestação de um serviço que é essencial à coletividade. O legislador ordinário age criando diretrizes para estruturação de política tarifária que privilegia valores coletivos e permite a cobrança pela disponibilidade dos serviços.

O verdadeiro debate ficaria em torno da modicidade tarifária, já que não parece razoável ou mesmo proporcional que se cobrem altos valores dos usuários pela disponibilidade dos serviços. Cabe à regulação econômica tutelar o frágil equilíbrio entre a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços (que aqui igualmente promove a

²³² *Vide* Acórdão nº 3.180/2016 (TC 017.507/2015-5). Vale citar o seguinte trecho do Min. Substituto André Luís de Carvalho: “29. Grave problema foi detectado, ainda, na significativa parcela da população que não interliga as suas residências às redes de coleta e lança os dejetos domésticos no meio ambiente sem qualquer tratamento. Isso decorre da resistência dos potenciais usuários ao pagamento da tarifa de esgoto, da não compreensão da importância desse serviço, da inexistência de sanções àqueles que não ligam as suas residências à rede e dos custos da obra para fazer a conexão regular de esgoto. E essa indesejável atitude provoca impactos sanitários e ambientais, além de ocasionar a subutilização da infraestrutura instalada e a perda de receita para as empresas prestadoras de serviço. 30. Esse quadro, a despeito de dispositivo legal autorizativo, tem sido agravado, porque grande parte dos municípios brasileiros não adota medidas cogentes para obrigar a ligação à rede, vez que, como boa parte da população não elege o esgotamento sanitário como prioridade, os gestores municipais não priorizam a realização de investimentos no setor nem demonstram a necessária disposição para exigir a interligação das residências às redes de esgoto, evitando, assim, os desgastes políticos”. O dispositivo do acórdão determina ao então Ministério das Cidades que realize “discussões entre os diversos atores nessa área sobre a possibilidade de instituição da cobrança de tarifa de esgoto, diante da disponibilidade da rede, ainda que o usuário não tenha realizado a ligação de sua residência”. Esta determinação sugere entendimento favorável da Corte de Contas em razão da interpretação pela cobrança tarifária no saneamento em face da simples disponibilidade dos serviços.

saúde e a proteção ao meio ambiente) diante dos direitos de modicidade tarifária e eficiência na operação da rede de saneamento. Mas isso deve ser apurado caso a caso.

5.2 Das subvenções e/ou subsídios

A LNSB determina que a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços de água e esgoto deve ser assegurada mediante remuneração pela cobrança dos serviços e, quando necessário, por outras formas adicionais, como subsídios ou subvenções²³³⁻²³⁴, vedada a cobrança em duplicidade de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário.

Ou seja, ainda que seja permitida a previsão de subsídios ou subvenções para viabilizar a operação adequada do saneamento e privilegiar a modicidade tarifária para certos grupos de usuários, a própria norma privilegia soluções em que os serviços públicos sejam autossustentáveis.

Como regra, a remuneração pela cobrança dos serviços deverá ser a principal fonte de receitas para viabilizar a operação das redes de abastecimento de água e coleta de esgoto. Acontece que também é possível estruturar subsídios tarifários a partir de aportes do tesouro.

Entende-se que os termos “subsídios” ou “subvenções” do *caput* do art. 29 da LNSB devem ser interpretados restritivamente, como sendo algo externo a prestação dos serviços de água e esgoto, na forma de aporte do erário estatal. Para estes casos, somente será possível que o Poder Público ou a entidade reguladora estruturem subsídios ou subvenções quando estritamente necessário, já que se estaria lançando por terra a sustentabilidade dos serviços pela cobrança direta de tarifa dos usuários.

²³³ Por exemplo, conforme estruturado para os subsídios sociais das tarifas, autorizado pelo § 2º do art. 29, da LNSB. Para uma análise mais detalhada deste tema no saneamento recomenda-se a leitura de OLIVEIRA, Gesner de; VASCONCELOS, Andréa Costa de. Subsídio à população de baixa renda: mecanismo para universalização dos serviços públicos de saneamento básico. *In*: LUNA, Guilherme Gomes; *et al.* **Saneamento básico**: temas fundamentais, propostas e desafios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017, p. 173 e seguintes; bem como a leitura de ZANCHIM, Kleber Luiz. Concessões comuns subvencionadas no setor de saneamento. *In*: LUNA, Guilherme Gomes; *et al.* **Saneamento básico**: temas fundamentais, propostas e desafios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017, p. 271 e seguintes.

²³⁴ O art. 31, da LNSB, determina que os subsídios destinados ao atendimento de usuários determinados de baixa renda serão, dependendo da origem dos recursos, tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções; e internos de cada titular ou entre titulares, nas hipóteses de prestação regionalizada.

A LNSB exige robusta fundamentação para estruturar operações de saneamento cuja sustentabilidade não advenha da cobrança dos serviços, mas sim de repasses governamentais.

Lógica semelhante (mas não a mesma) se aplicaria para motivar a formação de subsídios entre usuários, permitindo a realização de subsídios cruzados, utilizados dentro da estrutura das tarifas, para que um determinado grupo de indivíduos financie outro grupo. O mesmo se diga na hipótese de os serviços de abastecimento de água remunerarem parte dos serviços de coleta, tratamento e lançamento de efluentes. Nestes casos, não se rompe com a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços de saneamento básico, mas tão somente adota-se política tarifária específica para privilegiar a modicidade tarifária ou a eficiência operacional da rede em expansão. Por isso, a motivação da política demanda justificativa distinta dos casos de subsídios estatais.

Há na legislação de saneamento - sobretudo mediante a atual redação do Decreto nº 7.217, de 2010 – diferentes formas de subsídios à operação dos serviços de água e esgoto, por vezes permitindo aportes públicos para financiar os serviços, enquanto noutras ocasiões simplesmente se prevê uma redistribuição dos montantes arrecadados para privilegiar populações de maior vulnerabilidade econômica²³⁵.

A escolha regulatória por um tipo ou outro de subsídios é discricionária, desde que observados os demais institutos jurídicos da regulação econômica, bem como as diretrizes da política pública de saneamento básico. É dizer, não se está permitido que o uso de subsídios contrarie a busca pela universalização do abastecimento de água, tampouco que a política tarifária seja ineficiente e contrária a modicidade tarifária.

Centros urbanos com maior densidade populacional detém o condão de subsidiar ações de saneamento rural, observada a necessidade de levar recursos para locais em que a prestação material dos serviços é espaçada e não detém o condão de gerar ganhos de escala em função do baixo número de moradores. De outra banda, havendo prestação direta é comum, por exemplo, que parte dos serviços seja remunerado pelo caixa municipal, enquanto os serviços concedidos mediante licitação normalmente exigem projetos autossustentáveis para atrair investidores privados.

²³⁵ Cabe citar as definições de subsídios diretos, indiretos, internos, entre localidades, tarifários e fiscais. Todas estas formas de subsídios estão definidas em abstrato no art. 2º do referido Decreto nº 7.217, de 2010.

Todas estas formas de subsídio passam pela motivação regulatória, que por vezes encontrará a solução na política pública fixada pelo titular ou mesmo nas condições fenomênicas da região regulada. A LNSB confere à entidade reguladora a competência para estabelecer normas sobre a política de subsídios, sejam eles tarifários, sejam eles não tarifários (cf. art. 11, §2º, inc. IV, alínea “c” c.c. art. 23, inc. IX), cabendo também à entidade de regulação interpretar e fixar critérios para a correta administração dos referidos subsídios (vide §2º do art. 25).

Não há dúvidas então que a composição destes subsídios, sua motivação e controle são objeto da regulação econômica, competindo à entidade reguladora tratar do assunto com a devida motivação. Existe inúmeras situações fáticas nas quais o arranjo material para prestação do serviço imporá regramento específica para o uso da regulação na composição dos subsídios, inexistindo fórmula em abstrato do subsídio, tampouco da sua justificativa. Talvez a aplicação da regra da ponderação, via aplicação da proporcionalidade, possa apoiar na construção do racional das decisões regulatórias, observada a necessidade de justificar a composição do princípio da modicidade com a eficiência. Outra possibilidade seria submeter a formação dos subsídios a processos de análise e revisão de impacto regulatório, os quais buscariam instruir os trabalhos técnicos para formatação dos subsídios.

5.2.1 Os subsídios cruzados na prestação regionalizada do Novo Marco

Entende-se correto afirmar que o Novo Marco intensifica a política de regionalização dos serviços de saneamento básico²³⁶, a qual já vinha engatinhando sobre as diretrizes constitucionais das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. O Novo Marco criou as figuras das unidades regionais de saneamento básico e dos blocos de saneamento básico²³⁷. E tudo isso com o intuito de superar

²³⁶ Ver, p.ex., VANZELLA, Rafael Fomings Faiardo; e BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Lei Federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 221-249, bem como SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do Marco Legal do Saneamento Básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. *In*: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021, p. 171-184.

²³⁷ Ver detalhes destas formas de prestação regionalizada no nosso LOHBAUER, Rosane Meira de Menezes; GALLACCI, Fernando Bernardi. O desafio do financiamento para a regionalização dos serviços

problemas jurídicos, políticos, técnicos e econômico-financeiros ligados aos custos dos serviços e dos seus ganhos de escala, para além de resolver a argumentação política do modelo residual de subsídios do PLANASA.

O Novo Marco alterou a definição daquilo que seria a prestação regionalizada, caracterizando-a como “*modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município*”²³⁸.

A redação original da LNSB definia a prestação regionalizada “*prestação de serviço de saneamento básico em que um único prestador atende a dois ou mais titulares*”. O tema era juridicamente tratado em aberto, com regra de que estaria presente a prestação regionalizada quando houvesse um único prestador para vários municípios, contíguos ou não, sobre o qual houvesse a mesma regulação e a compatibilidade do planejamento (art. 14 da antiga redação da LNSB).

Mas a definição anterior ao Novo Marco trazia três inconvenientes. A uma, se baseava em simples constatação fenomênica, e não jurídica, na qual o mero fato de um mesmo prestador se ocupar dos serviços de saneamento de dois ou mais municípios gerava prestação regionalizada, o que, como consequência, exigia posterior tratamento regulatório e jurídico específico. A duas, ignorava-se as hipóteses em que mais de um prestador dos serviços na mesma região pudesse dar azo à uma prestação regionalizada, olvidando-se que a política pública, incluindo o planejamento e a regulação, poderiam ser as mesmas para certo agrupamento de municípios, embora a prestação fosse fragmentada em diferentes prestadores – mesmo que isso ocorresse em prol da eficiência. A terceira, não havia clareza se a prestação de uma parcela dos serviços, como a simples captação, adução e tratamento de água, poderia dar azo à prestação regionalizada, permitindo dúvidas na aplicação da norma.

Este cenário muda com o Novo Marco, o qual reforça o papel jurídico para permitir a existência do rótulo de prestação regionalizada, sob o título, por exemplo, de unidade de saneamento básico ou bloco regional. E a formação destes agrupamentos municipais passa a ser fruto de processo administrativo no qual reste demonstrado que o objetivo da prestação regionalizada corresponde “[...] *geração de ganhos de escala e à*

de saneamento básico. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; *et. al.* **Novo Marco legal do saneamento**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2021, p. 275-284.

²³⁸ Cf. art. 3º, inciso VI da LNSB, de acordo com a redação da advinda do Novo Marco.

garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços”²³⁹.

Não que isso tenha afastado toda e qualquer discussão. Por exemplo, há quem entenda que a redação do Novo Marco faz com que somente haja prestação regionalizada nos casos em que haja evidência física de “*prestação integrada um ou mais componentes dos serviços públicos*”. No entanto, leitura mais atenta da legislação confirma que o Novo Marco permitiu agrupamentos municipais de localidades distantes, sem necessariamente estarem limítrofes, bastando haver integração econômico-financeira para sustentar a prestação regional dos serviços.

Isto é, a regionalização somente será legítima nas hipóteses em que se comprove (i) ganhos de escala decorrentes do arranjo, (ii) garantia da universalização; e (iii) viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços. O fato de haver mais de um prestador na mesma região ou um prestador para mais de um município em nada deve afetar a decisão estatal de organizar a política pública de saneamento básico pela forma regionalizada.

O resultado deste tipo de abordagem legislativa é trazer maior interesse ao regime jurídico da regulação econômica como forma de uniformizar a prestação em um bloco de titulares. Estar em meio a uma prestação regionalizada significa organizar a política pública da prestação dos serviços de saneamento básico de forma regional²⁴⁰. E não por outro motivo, a legislação permite que planos regionais de saneamento básico se sobreponham aos planos municipais de saneamento (*cf.* art. 17, § 2º da LNSB), bem como que a contratação para a prestação material dos serviços e sua subsequente regulação também sejam orquestradas de forma a compreender a integralidade ou parte do agrupamento de titulares (*vide* art. 11, § 4º c.c. art. 24 da LNSB).

A regionalização pressupõe uma política tarifária que organize os custos e investimentos dos serviços para toda aquela determinada região, compondo categorias de usuários e subsídios cruzados para alcançar a universalização com modicidade tarifária.

²³⁹ *Cf.* art. 2º, inciso XIV da LNSB, de acordo com a redação da advinda do Novo Marco.

²⁴⁰ Apesar do tratamento regional, o art. 18 da LNSB expressamente dispõe que os prestadores dos serviços de saneamento que atuem em mais de um município ou região, ou mesmo que prestem serviços em diferentes, ou em um mesmo município devem manter um sistema contábil que permita registrar e demonstrar, separadamente, os custos e as receitas de cada serviço em cada um dos municípios ou regiões atendidas.

Em verdade, histórico dos debates à época da promulgação do Novo Marco sugere que tudo foi feito com a finalidade de buscar a sustentabilidade econômico-financeira, reunindo municípios pobres e ricos, para dar nova roupagem à prática de subsídio cruzado.

Lembra-se que o subsídio cruzado anteriormente realizado era principalmente praticado pelas CESBs, de forma que as estatais, por meio do seu próprio caixa, financiam a expansão dos serviços em regiões com menor condição econômico-financeira mediante a cobrança de valores mais elevados em outras localidades, de melhor perfil arrecadatório (municípios mais ricos ou com maior densidade populacional). E o próprio conceito anterior de prestação regionalizada validava esta visão.

O manto da regionalização institucionalizada, trazida pelo Novo Marco, buscaria trazer fim a este modelo na medida em que agruparia municípios pequenos e com pouco poder econômico junto daqueles centros de maiores condições financeiras, o que, ao final, tornaria viável a prestação dos serviços de saneamento no conjunto como um todo. A região teria regulação uniforme e instituições de governança própria. O subsídio cruzado não mais seria realizado no caixa das empresas delegatárias, mas estaria organizado de forma transparente pelos instrumentos contratuais de delegação e pela atuação das entidades de regulação, sob tutela do agrupamento regional.

É claro que nada disso ainda foi implementado e a formação da regionalização segue em desenvolvimento por diversos estados brasileiros²⁴¹.

A formação da regionalização e sua governança não são objeto da pauta de regulação de preços *per se*. Mas, por outro lado, é possível afirmar que o sucesso da política de regionalização passa pela implantação de eficiente política tarifária, com transparência e controle social. Valer-se de estrutura que oculte ou torne ineficiente os subsídios cruzados entre diferentes usuários lançará por terra todo e qualquer esforço de regionalização.

E valer-se de tarifas teto (*price cap*) para implicitamente inocular subsídios tarifários poderá, se não forem adotados cuidados de transparência, perpetuar a situação de obscuridade nos subsídios praticados pelos operadores. É preciso fiscalização dos operadores para entender a aderência dos subsídios com a prática de arrecadação vis-à-vis aos custos incorridos. Os resultados e as informações dos subsídios devem ser pauta

²⁴¹ Informações legislativas da regionalização em curso podem ser encontradas no site da ABCON.

de processos de controle social e da governança regionalizada, permitindo acompanhando da política tarifária por todos interessados. Do contrário, os usuários provavelmente nada conseguiriam acompanhar, perpetuando políticas de subsídios pouco transparentes.

É ponto de atenção sobre o assunto a forma de apresentação dos preços teto fixados pelas entidades de regulação para cobrança de valores pelos operadores junto dos usuários. Se não houver motivação adequada e transparência nas categorias de usuário, bem como o acompanhamento das tarifas praticadas, mediante fiscalização e publicação dos achados, retornar-se para o cenário de internalizar este tipo de discussão no caixa dos operadores.

5.3 Da interdependência de prestadores

A LNSB reconhece tratamento para a interface de diferentes prestadores dos serviços públicos de saneamento, até mesmo quando existem diferentes institutos jurídicos para organizar a sua prestação material. Se há dois prestadores, um público e um privado, haverá a cobrança de uma única tarifa, repartida e repassada entre os prestadores, vedando-se que sejam transferidas ineficiências da duplicidade de custos entre os diferentes prestadores. É previsão saudável com funcionamento regulado apartadamente pelos instrumentos de interdependência dos diferentes prestadores, conforme regulado no art. 12 da LNSB²⁴².

Tal dispositivo exige regulação tarifária uniforme para todos os prestadores, os quais devem celebrar contrato de interdependência a ser regulado pela mesma entidade reguladora. Isto é, busca-se centralizar a regulação econômica como forma de controlar a sustentabilidade econômico-financeira de todos os elos da cadeia dos serviços (com preservação dos seus equilíbrios econômico-financeiros), assim como fomentar a modicidade tarifária (p.ex. pela vedação de se repassarem custos duplicados entre os operadores) e a eficiência (p.ex. mediante uso racional de ganhos de escopo, com faturamento conjunto dos preços cabíveis a mais de um prestador).

²⁴² Art. 12 - Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização. [...]

É preciso alertar que o tema detém restrita produção bibliográfica a seu respeito. Rafael Roque Garofano, por exemplo, chegou a definir os contratos de interdependência no setor de saneamento básico como “*ilustres desconhecidos*”²⁴³. Mas apesar desta alcunha, a utilidade dos referidos contratos de interdependência é reconhecida por Wladimir Antonio Ribeiro para quem, em artigo de autoria conjunta com Rafael Roque Garofano, “*a pouca utilização prática, porém, não afasta o grande valor e utilidade que essa modalidade contratual representa para a convivência harmônica entre os prestadores de serviços interdependentes de saneamento [...]*”²⁴⁴.

O assunto de interdependência somente foi objeto de maiores debates na construção do Projeto de Lei nº 5.296/2005, quando da promulgação da LNSB, sem haver posterior acompanhamento da sua utilização²⁴⁵.

Sob a perspectiva do Poder Judiciário, levantamento de decisões sinaliza que o tema dos contratos de interdependência no saneamento não parece ter desenvolvido ampla avaliação jurisprudencial, embora já seja possível verificar a judicialização de algumas rusgas sobre sua utilização no dia a dia do setor de água e esgoto.

É verdade que uma pesquisa no campo de jurisprudência do STJ acusa exclusivamente duas decisões monocráticas que tão somente tangenciam o assunto²⁴⁶. Contudo, ao buscarmos pelo tema nos tribunais estaduais é possível encontrar alguns embates mais específicos²⁴⁷.

²⁴³ Para o autor, “Embora tal solução [do art. 12 da LNSB] venha a por fim às controvérsias envolvendo o pagamento pelos serviços entre os diferentes prestadores, o fato é que ainda são raríssimos os casos de contratos que, apesar de existentes, tenham sido formalizados nos moldes do art. 12 da LNSB, permanecendo a situação de ajustes verbais.” (GAROFANO, Rafael Roque. Contrato de interdependência de serviços de saneamento básico: um ilustre desconhecido. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/192635/contrato-de-interdependencia-de-servicos-de-saneamento-basico-um-ilustre-desconhecido>. Acesso em: 04 fev. 2021.)

²⁴⁴ RIBEIRO, Wladimir Antonio; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre os contratos de interdependência de serviços de saneamento básico: o caso do fornecimento de água no atacado por companhia estadual. *In: Saneamento básico: temas fundamentais, propostas e desafios*. LUNA, Guilherme Ferreira Gomes; GRAZIANO, Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 529.

²⁴⁵ Marçal Justen Filho detém parecer que analisa a origem da previsão legal, em pesquisa à Revista Jurídica da Presidência. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj>. Acesso em: 05 fev. 2021.

²⁴⁶ Ver Recurso Especial nº 1.763.410-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, p. 05/02/2020; bem como Recurso Especial nº 1.780.973, Rel. Min. Regina Helena Costa, p. 03/06/2019. Ocorre que ambos os casos discutem cobranças de tarifas de esgotamento, sendo citados os contratos de interdependência para esclarecer a cadeia dos serviços de esgotamento sanitário e a inclusão dos prestadores nas demandas. Ou seja, os julgados não discutem os contratos de interdependência *per se*.

²⁴⁷ Não será realizada pesquisa pormenorizada do assunto nos tribunais estaduais. Para fins deste artigo basta que existam discussões sobre os contratos de interdependência sugerindo a necessidade de cuidados

Por exemplo, pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁴⁸ indica a discussão na qual a Sabesp alegou o descumprimento de contrato de interdependência em face das condições previstas no edital de parceria público-privada lançada pelo município de Mauá. Houve receio de que, dentre outros assuntos, a estrutura de arrecadação tarifária e a modelagem de conta garantia da PPP dessem azo ao inadimplemento no âmbito do contrato de interdependência, focado no fornecimento de água, no atacado, pela Sabesp.

Em que pese o Judiciário paulista ter negado o pleito da Sabesp, ele o fez tão somente em face de motivos processuais. Argumentou-se não ser possível tratar da controvérsia via mandado de segurança, pois haveria dificuldade de se aferir o direito líquido e certo da estatal sobre complexas questões econômico-financeiras que dependeriam de perícia. Como resultado, não foi possível extrair o entendimento do Tribunal sobre o assunto, sugerindo, por outro lado, que os potenciais conflitos decorrentes da interface entre diferentes prestadores está longe de acabar pela simples aplicação do art. 12 da LNSB.

Aliás, conclusão semelhante poderia ser extraída da discussão entabulada entre a Sabesp e o município de Santo André perante o CADE²⁴⁹. O processo avaliava alegação municipal de que a Sabesp usaria o fornecimento de água no atacado para pressionar dívidas em diversos municípios, forçando a extinção de prestadores locais com a subsequente assunção dos serviços de saneamento pela própria Sabesp, como uma forma de quitar as dívidas com a estatal. Após considerar a regulação aplicável (de *price cap*), o CADE arquivou o processo em deferência às normas regulatórias – afinal a estruturação de preços teto permitiria certa maleabilidade de cobrança pela estatal paulista.

Acontece que esta abordagem exclusivamente concorrencial não parece ter conseguido enfrentar todos os reflexos da discussão²⁵⁰, havendo notícias posteriores de que a Sabesp teria utilizado as dívidas de água com outros municípios para assumir seus serviços de saneamento (p.ex. no caso Guarulhos/SP).

com a sua formalização e regulação. A pesquisa do tema nos tribunais estaduais poderá ficar para outra oportunidade, certamente tendo muito para contribuir ao assunto ora analisado.

²⁴⁸ Apelação Cível nº 1001577-63.2016.8.26.0348, Rel. Des. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, TJ/SP, p. 01/03/2018.

²⁴⁹ Em consulta ao Inquérito Administrativo nº 8700.011091/2015-18. O processo pode ser consultado na plataforma SEI do CADE.

²⁵⁰ Com discussões, por exemplo do modelo regulatório das tarifas de água no atacado, bem como a governança interfederativa decorrente destes arranjos.

Rápida investigação na rede mundial de computadores permite levantar a existência de importantes exemplos de contratos de interdependência na prestação dos serviços de saneamento.

A implantação de projeto de concessão na Área de Planejamento-5 do Município do Rio de Janeiro traz bons achados sobre este tipo de acordo²⁵¹. Neste caso há dois contratos disponíveis, sendo um voltado à relação da CEDAE com o município do Rio de Janeiro/Concessionária para fins de regulação da interface necessária à operação dos serviços de cobrança (gestão comercial) e esgotamento sanitário em parcela do município carioca. O outro contrato diz respeito ao ajuste entre concessionária e o município para viabilizar o uso das galerias de água pluviais como sistema unitário para transporte dos efluentes de esgoto enquanto não ficarem prontas as obras para separação absoluta dos sistemas de esgotamento sanitário.

Para além do exemplo carioca, também é possível identificar a existência de contrato de interdependência no projeto de água e esgoto da região metropolitana de Maceió, no Alagoas²⁵², no qual a CASAL ficou responsável pelo fornecimento de água para a concessionária privada que irá operar o varejo da distribuição de água e o esgotamento sanitário.

Estes breves exemplos indicam a pertinência e a existência de acordos de interdependência, cujos efeitos, como visto anteriormente, são tutelados pela LNSB para fins de manter a regulação econômica aderente aos princípios da sustentabilidade econômico-financeira, modicidade tarifária e eficiência.

Acontece que aqui a questão da regionalização do Novo Marco lança outro desafio potencial, na medida em que indiretamente poder-se-á intensificar as relações de interdependência, seja por conta da interdependência operacional de diferentes elos da cadeia dos serviços de saneamento básico, seja por conta da dependência econômica entre mais de um prestador dos serviços ao longo de toda massa regionalizada.

A ausência de tratamento literário ou jurisprudencial sobre o tema não tem afastado sua utilização prática, tampouco servirá para endereçar os desafios

²⁵¹ Os acordos de interdependência celebrados para essa operação são públicos e estão disponíveis em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/rio-aguas/18>. Acesso em: 08 fev. 2021.

²⁵² Os documentos do projeto são públicos e estão disponíveis em: <http://seplag.al.gov.br/component/jdownloads/category/29-esgotamento-sanitario-de-bairros-de-maceio?Itemid=>. Acesso em: 08 fev. 2021.

potencialmente advindos da regionalização dos serviços (que detém potencial de ampliar as relações de interdependência). Tudo sugere então que o tema é importante e ainda carece de aprofundamento. O caminho para a aclamada relação harmônica entre os prestadores certamente perpassa por entender estas circunstâncias, observando formas de entender melhor a relação das políticas tarifárias de preço teto com os contratos de interdependência, para além, é claro, das relações entre os diferentes prestadores e os seus respectivos instrumentos de delegação.

5.4 Reajustes e revisões tarifárias

A legislação imprime relevância para a competência da entidade reguladora na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, preservando-o mediante dois institutos jurídicos: os reajustes e as revisões tarifárias.

Por força do art. 37 da LNSB²⁵³, os *reajustes* de preços são realizados observando-se intervalo mínimo de 12 (doze) meses, de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais. Tradicionalmente, o reajuste buscará atualizar os valores da tarifa, podendo considerar elementos para compartilhamento de ganhos de eficiência (v.g. fator X)²⁵⁴. O

²⁵³ Mesma redação encontra-se plasmada no art. 50 do Decreto nº 7.217, de 2010.

²⁵⁴ Para Frederico Turolla e Bruno Carrara de Melo, “O fator X tem papel central no modelo de regulação por preço-teto, por consistir na diferença entre o reajuste e a inflação. O fator X foi concebido para distribuir parte do ganho de produtividade esperado durante o ciclo tarifário com os usuários, pois o ganho de escala possibilita redução do custo médio, mesmo sem esforço de gestão. Entretanto, é possível estender sua aplicação para incorporar mecanismos de incentivo por incremento da qualidade da prestação, intensificação de investimentos ou estipular uma trajetória tarifária que evite choques tarifários. Pode-se, portanto, definir o fator X como um somatório de fatores de produtividade, qualidade e trajetória, entre outros”. (*In: Modelos de regulação tarifária e a Lei nº 11.445/2007: as alternativas possíveis. In: GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; et. al. Regulação do saneamento básico. Barueri/SP: Ed. Manole, 2013, p. 145. e seguintes.*) Sob a perspectiva jurídica, Egon Bockmann Moreira dá noções interessantes ao tema: “Ainda no sistema *price cap* tem-se o denominado IPC-X, que na verdade é outra modalidade de revisão de tarifas por incentivo de desempenho. O método de disciplina de preços IPC-X é composto por duas parcelas – a primeira, o Índice de Preços ao Consumidor - IPC, que representa a inflação; e a segunda, que é a variação de produtividade que se espera que o concessionário venha a obter no período prefixado (Fator X). O Fator X inicial é estabelecido no edital de licitação. Segundo essa fórmula, o nível dos preceitos autorizados é definido para o primeiro ano e vai diminuindo ao longo do período de concessão, em função dos ganhos de eficiência expectáveis. Ou seja, uma vez fixado o preço inicial (P₀), estabelece-se que ele não poderá crescer mais que sua possível variação (IPC) menos o fator de produtividade (Fator X). Assim, o concedente/regulador fixa o nível de proveitos inicial e seu decréscimo ao longo dos anos (afinal, se supõe que o Fator X se revele negativo – quando menos até o momento em que não imponha perdas de performance para o concessionário). ‘O sistema implica uma transferência ao concessionário de certo grau de responsabilidade pela variação na demanda pelo serviço. Com a liberdade de cobrar valor mais baixo que o máximo fixado, há espaço para que o particular ofereça condições econômicas mais atraentes ao aumento da demanda pelo seu serviço’. De usual, a fórmula incide em períodos de tempo certos e prefixados

reajuste tarifário, portanto, é base para manter o valor original das tarifas diante do aumento geral de preços da economia.

Não é o mesmo que falar na revisão dos preços tarifários, mas sim da sua simples correção monetária para evitar depauperamento econômico e, em alguns casos, permitir que se estimule a eficiência dos operadores compartilhando seus ganhos de eficiência dentro daquele determinado ciclo tarifário.

A recomposição monetária dos reajustes poderá se dar mediante simples adoção de índice inflacionário contratualizado, ou por meio de fórmulas paramétricas, a partir das quais é possível conjugar diferentes índices que acompanham a evolução de preços dos insumos dos serviços de água e esgoto. Ambos os métodos detêm o objetivo de permitir que os preços acompanham a variação dos custos dos insumos da operação (ver, p.ex. a redação do art. 40, inc. XI da Lei nº 8.666/1993).

O primeiro é mais simples, porém com menor probabilidade de sucesso em recompor todos os valores que compõe tarifa, enquanto o segundo método é mais completo, mas exige maior custo regulatório para identificar e compor a fórmula – isso sem mencionar a necessidade de se acompanharem diferentes planilhas públicas de custos dos insumos dos serviços.

Em face da sua função protetora do equilíbrio contratual, eventuais inconsistências na realização de reajustes tarifários é constantemente objeto de críticas por parte dos operadores privados de saneamento básico. Estes inclusive já chegaram até mesmo a apresentar um estudo²⁵⁵ para propor a padronizar contratos de concessão de modo a propor aperfeiçoamentos nas cláusulas de reajuste, com tratamento preponderantemente contratual, para reajustes anuais, de aplicação automática e “*completamente dissociada de eventuais revisões ou reequilíbrios, de forma que nenhum evento prejudique o direito da concessionária ao ajuste tarifário automático*”.

(a cada quatro ou cinco anos). A depender do serviço, a aplicação do mecanismo de controle pode dar-se em datas específicas ou com prazo certo, na busca de novos incentivos (conquista de novos clientes ou fidelidade de antigos; pacote de serviços ou categorias de usuários; consumo de novos produtos ou modalidades prestacionais etc.). Ao controlador, só as tarifas o sistema pretende encorajar o concessionário a reduzir seus custos e se beneficiar da própria eficiência.” (Cf. MOREIRA, Ego Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 364 e seguintes).

²⁵⁵ Cf. demonstrado no estudo publicado pela ABCON de nome “Regras padronizadas sobre distribuição de riscos, equilíbrio econômico-financeiro e modelos regulatórios”. Disponível em: <https://conteudo.abconsindcon.com.br/estudo-regulacao>. Acesso em: 03 ago. 2021.

A preocupação dos investidores privados parece estar ligada a ingerência política no reajuste dos valores praticados pelos concessionários no âmbito dos contratos de concessão. Por vezes, as cláusulas permitiam que o concessionário realizasse o cálculo de correção monetária, mas o reajuste das tarifas dependia de ato da entidade reguladora ou do titular dos serviços. E estes, por motivos políticos, acabavam eventualmente retardando a aplicação do reajuste de preços, prejudicando a equação econômico-financeira da concessão. Também haveria situações em que o reajuste não seria concedido propositadamente para endereçar promessas políticas de impedir o aumento do preço d'água.

O uso de reajuste automático ou de aprovação tácita, com fórmula clara e detalhada em contrato parece servir bem ao propósito de mitigar o referido risco político, apoiando as atividades de regulação econômica dos reguladores, que, nestas situações, somente precisam validar os cálculos feitos pelos concessionários e propor ajustes *a posteriori*. É dizer, a utilização deste tipo de expediente contratual não afasta a prerrogativa das entidades de regulação ou dos titulares de questionar os cálculos de reajuste.

Por isso não parece haver qualquer ilegalidade na proposta, já que a própria legislação de saneamento privilegia o reajuste como forma de proteger a equação econômico-financeira dos contratos. O único ponto aqui é que o mesmo racional não pode ser aplicado nas hipóteses em que as prestações materiais forem remuneradas mediante taxas, pois, nestes casos, qualquer acréscimo nos valores cobrados deve ser implementado mediante instrumento legal apropriado, não podendo o operador se valer exclusivamente de regramento contratual para corrigir os preços praticados na disponibilização dos seus serviços.

Contrariamente aos reajustes, as *revisões* das tarifas são tratadas pelo art. 38 da LNSB²⁵⁶ e compreendem a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas. A legislação prevê duas ferramentas para condução das revisões tarifárias. A uma, a legislação traz a modalidade *periódica*, que objetiva “*a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado*”, enquanto, a duas, a legislação disciplina a modalidade *extraordinária*, aplicada

²⁵⁶ Assunto também regrado no art. 51 do Decreto nº 7.217, de 2010, sem novidades em referência ao disposto na legislação.

“quando se verificar a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, que alterem o seu equilíbrio econômico-financeiro”.

A revisão periódica é constantemente denominada como “ordinária”. Trata-se de revisão realizada em períodos fixados na legislação ou, na sua omissão, nos instrumentos de delegação. Normalmente são adotados períodos a cada quatro ou cinco anos. Nestas ocasiões, a entidade de regulação inicia processo formal que conta com etapa de consulta popular para visitar parâmetros do instrumento de delegação. O processo de revisão ordinária normalmente se inicia com a apresentação pelo operador as informações sobre os serviços, as quais são escrutinadas pela entidade de regulação para fixação de novas premissas contratuais e tarifárias voltadas ao próximo ciclo tarifário, que termina na revisão periódica subsequente.

Como observado por Karina Houat Harb²⁵⁷, o objetivo da revisão periódica consiste na investigação analítica geral do contato para identificar distorções e impactos ocorridos ao longo do último ciclo tarifário, buscando proteger o equilíbrio econômico-financeiro da avença.

As revisões ordinárias devem resguardar, conforme cada caso concreto, o equilíbrio econômico-financeiro dos serviços, seja ela dinâmico, permitindo recomposições tarifárias, seja ele mais rígido, observado normativo contratual.

Às vezes as revisões irão recalculer os parâmetros das tarifas, reavaliando os custos dos operadores, suas metas de investimento, e até mesmo as condições de retorno de capital vigentes. Em que pese não ser necessariamente exclusivo do modelo estatal²⁵⁸, este modelo de regulação, no saneamento, é encontrado majoritariamente nas revisões tarifárias das CESBs²⁵⁹.

De outra banda, as revisões poderão servir para simplesmente reavaliar impactos de alterações no planejamento dos serviços, revisitando indicadores de desempenho ou propor alterações tecnológicas. As tarifas, nestes casos, não são reposicionadas mediante reavaliação das suas condições econômicas, mas sim revisadas de acordo com taxa previamente fixada à época da celebração do contrato. Este tipo de regulação costuma ser

²⁵⁷ HARB, Karina Houat. **A Revisão na Concessão Comum de Serviço Público**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 174.

²⁵⁸ Vale observar a existência de modelo semelhante em concessões dos setores de gás canalizado e distribuição de energia elétrica.

²⁵⁹ Basta ver, por exemplo, as revisões tarifárias levadas a cabo pela ARTESP para com as tarifas praticadas pela SABESP nos contratos de programa dentro do Estado de São Paulo.

observada dentro do saneamento básico nos contratos de concessão e as demais contratações advindas de licitação, cujo instrumento contratual normalmente exige a manutenção das condições apresentadas na proposta do licitante vencedor.

Vale observar que as revisões ordinárias detêm o condão de ir além da simples mudança tarifária, podendo recompor outros ganhos advindos da exploração material dos serviços. É comum que os instrumentos de delegação permitam ao regulador adotar diferentes mecanismos para reequilibrar as avenças delegatórias, podendo alterar as tarifas praticadas, mas também viabilizar a extensão do prazo dos contratos, realizar pagamento de montantes indenizatórios, autorizar o auferimento de outras formas de receita, ou mesmo promover alterações contratuais para nova distribuição de encargos contratuais.

De outra banda, as revisões extraordinárias são utilizadas para recompor a equação econômico-financeira do contrato que não podem aguardar o prazo fixado para o processamento da revisão periódica. Karina Houat Harb²⁶⁰ afirma que as revisões extraordinárias buscam apurar o desequilíbrio causado por fato imprevisível, ou previsível, mas de consequências incalculáveis. Não que tais fatos não possam ser objeto de revisões periódicas. Eles podem. Mas os desequilíbrios apurados no âmbito das revisões extraordinárias devem ser imediatamente saneados, sob pena de gerar maiores impactos na execução contratual, prejudicando a prestação adequada dos serviços.

A revisão extraordinária igualmente costuma deter regramento contratual próprio, detalhando procedimento para que qualquer das partes do instrumento de delegação possa alegar desequilíbrios extraordinários identificados no curso da execução contratual. E como há necessidade de se demonstrar premência para o reequilíbrio da avença, há instrumentos que fixam prazo decadencial para que as Partes aleguem o referido desequilíbrio, por vezes prevendo prazos para conclusão célere da apuração e efetiva recomposição da equação contratual.

Esta parece ser uma previsão acertada, que busca privilegiar a segurança jurídica da avença delegatória, sobretudo se considerado que estar-se-á diante de contratos de longo prazo. A alegação de desequilíbrio nos primeiros anos do contrato quando do seu término poderia tumultuar o fim da delegação, prejudicando a continuidade do serviço público. O estabelecimento em contrato de prazos decadenciais para solicitar a

²⁶⁰ HARB, *op. cit.*

recomposição econômico-financeira parece acertado para assegurar a garantia de equilíbrio contratual ao passo que igualmente privilegia a segurança jurídica da prestação dos serviços públicos. Até porque, o interessado, sabendo da previsão contratual, teria concordado com seus termos quando da participação na licitação, afastando argumento de imposição completamente unilateral quanto aos termos decadenciais.

Da mesma forma que a acontece com a revisão ordinária, é importante ter em vista que a revisão extraordinária poderá gerar alterações nas demais disposições contratuais, não estando necessariamente subordinada a promover ajustes tarifários. Ao identificar desequilíbrios na equação contratual, poder-se-á promover ajuste contratual de forma a reequilibrar encargos e remuneração dos delegatários, beneficiando a modicidade tarifária, por exemplo, falando-se na possibilidade de extensão do prazo contratual, pagamento indenizatório, autorização de outras formas de receita etc.

Ademais, é preciso deixar claro que não é impossível mesclar os institutos de revisão periódica com a revisão extraordinária. Por exemplo, o Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, por Blocos de Municípios do Estado do Rio de Janeiro²⁶¹, prevê na sua Cláusula 30 que haverá revisões ordinárias da concessão, cujo escopo, contudo, não será necessariamente focado na reavaliação de preços tarifários, mas sim (i) o processamento de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro não submetidos às revisões extraordinárias; (ii) aprovação do Plano de Ação para Áreas Irregulares não Urbanizadas; (iii) atualizar metas de atendimento e os indicadores de desempenho, em função de eventuais atualizações implantadas nos Planos Municipais de Água e Esgoto e no Plano Metropolitano de Água e Esgoto, observados os limites estabelecidos adiante e a preservação do equilíbrio econômico-financeiro²⁶²; e (iv) promover outras adaptações no objeto do contrato que se fizerem necessárias, respeitadas as limitações legais e mantido o equilíbrio econômico-

²⁶¹ As informações da concessão estão disponíveis em: <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos.php>. Acesso em: 03 ago. 2021.

²⁶² Vale passagem de Karina Houat Harb, para quem “Fundamentamos nossa afirmativa de que esta correlação planejamento – prestação do serviço público adequado – revisão da concessão de serviço público, extraída da interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico, foi contemplada com a amplitude que merece para a prestação do serviço público de saneamento básico, na lei que trata suas diretrizes, primeiramente no mero fato de ter o legislador feito tal conexão, especialmente, por separar planejamento de regulação”. (Cf. HARB, Karina Houat. A revisão da concessão de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007. In: DAL POZZO, Augusto Neves; *et. al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017, p. 691 e seguintes.) Adicionalmente, vale igualmente retomar que os contratos de prestação dos serviços de saneamento básico devem cumprir com o planejamento dos serviços (inclusive suas atualizações), nos termos do art. 19, § 6º, da LNSB.

financeiro do contrato. Neste contrato, contudo, fica nítido que as alterações nos campos arrolados no contrato de concessão poderão trazer impactos tarifários, mas a métrica para o cálculo destes impactos deverá observar os valores fixados à época da licitação, e não um novo reposicionamento da tarifa da concessão²⁶³.

A opção pela modelagem dos reajustes, revisões ordinárias e extraordinárias é adotada pelo titular dos serviços e pela entidade de regulação quando da elaboração das respectivas políticas públicas de saneamento e, na omissão destes assuntos na legislação, quando da elaboração dos instrumentos de delegação da prestação material dos serviços. Por este mesmo motivo, diferentes modelagens poderão ser observadas em diferentes arranjos contratuais.

Independentemente do instrumento de regulação, se reajuste ou revisão, é fundamental ter em mente que, em qualquer caso, o art. 39 da LNSB²⁶⁴ estabelece proteção contra os efeitos de aumento tarifário aos usuários, prevendo que os reajustes e as revisões sejam tornados públicos com antecedência mínima de 30 dias com relação à sua aplicação. Ou seja, não se pode aumentar as tarifas de um momento para o outro sem dar antecedência para que os usuários se ajustem aos novos preços. Trata-se de medida protetiva em linha com o princípio de modicidade tarifária, já que permite ao usuário entender dos acréscimos de preço para planejar o uso dos serviços de acordo com suas necessidades. Este prazo não deve se confundir com a anterioridade tributária, aplicada exclusivamente para o caso de remuneração dos serviços via taxas.

5.4.1 As revisões contratuais exigidas pelo Novo Marco para inclusão de metas de universalização

O Novo Marco positivou metas de universalização do PLANSAB (cf. art. 11-B), exigindo que os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de

²⁶³ Ver, nesse sentido, a Cláusula 34.1.1, *in verbis*: “Sempre que atendidas as condições deste CONTRATO e mantida a sua matriz de riscos, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro”.

²⁶⁴ Combinado com art. 49 do Decreto nº 7.217, de 2010.

melhoria dos processos de tratamento. Ainda de acordo com o Novo Marco, os contratos em vigor que não possuírem as metas de universalização terão até 31 de março de 2022 para viabilizar esta inclusão.

Os contratos que não se adequarem as metas de universalização são tidos pela legislação como “irregulares”, pois deixam de atender a legislação. E como mecanismo regulatório para assegurar o bom cumprimento das metas, a LNSB, sob redação do Novo Marco, veda a distribuição de lucros e dividendos, do contrato em execução, pelo prestador de serviços que estiver descumprindo as metas e cronogramas estabelecidos no contrato, seja ele de programa, seja ele de concessão (*vide* § 5º do art. 11).

As metas impactam, portanto, claramente nos contratos em vigor, exigindo processo para sua alteração e impactando na regulação de preços, mediante revisão extraordinária de encargos e remuneração.

Este ponto foi ponderado pelo STF no recente julgamento do Novo Marco, com o Ministro Edson Fachin se valendo de precedentes da Corte para questionar a juridicidade da medida²⁶⁵, especificamente por entender que um ente federado não poderia dispor sobre os serviços públicos de outro ente federado.

O contra-argumento deste questionamento adveio da leitura que a maioria dos Ministros propôs no sentido de que a União teria interesse direto em serviços que são de competência comum, podendo intervir de forma a buscar desenvolver o saneamento.

Também se pontuou que inexistiria regime jurídico adquirido pelos delegatários de serviço público, os quais, pela natureza dos serviços, estariam sujeitos a alterações contratuais, embora permaneçam com a equação econômico-financeira protegida. Esta visão foi vista sobretudo nas manifestações do Ministro Gilmar Mendes e da Ministra Carmen Lúcia, lembrando do precedente do STF acerca da mutabilidade do tipo concessório no julgamento da ADIn 5.991, que analisou a prorrogação de contratos ferroviários mediante a inclusão de novos investimentos, e cujo trecho da ementa transcreve-se *in verbis* “A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido,

²⁶⁵ Especificamente, analisou-se o julgado da ADIn 2.340, envolvendo pedido do Governador do Estado de Santa Catarina para declarar inconstitucional uma Lei estadual que obrigava a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento a fornecer água potável, por meio de caminhões-pipa, sempre que o seu fornecimento normal fosse interrompido.

observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes”. E, ademais, lembrou-se do precedente administrativo advindo das primeiras concessões de iluminação pública na cidade do Rio de Janeiro, modificadas no curso de sua vigência para migrar a tecnologia de iluminação operacionalizada pela queima de óleo, passando a utilizar de energia elétrica.

É dizer, o STF validou a mutabilidade dos instrumentos de delegação dos serviços públicos de saneamento básico, reconhecendo a constitucionalidade da exigência de metas de universalização no Novo Marco, com a subsequente necessidade de se revisarem as avenças de programa e de concessão.

Mas serão todos os contratos que necessariamente acabarão por ser revisados para refletir tais metas de universalização?

A legislação permitiu que os contratos em vigor²⁶⁶ que não possuam as metas de universalização, ou que detenham metas distintas daquelas previstas pelo Novo Marco, tenham até 31 de março de 2022 para viabilizar tal inclusão.

Trata-se de desafio relevante para muitos dos contratos de programa, os quais deverão ser aditados para compor o alcance progressivo e proporcional das metas para alcançar a universalização²⁶⁷. Contudo, este desafio não parece se afigurar para os contratos de concessão e demais ajustes advindos de procedimentos licitatórios, visto que tais instrumentos foram protegidos, sofrendo menos que os ajustes de programa.

O § 2º do art. 11-B mantém inalterados os contratos de delegação dos serviços públicos de saneamento que tenham sido objeto de licitação, devendo o titular dos serviços buscar alternativas para atingir as metas de universalização fixadas pelo Novo Marco, podendo escolher entre: (i) prestação direta da parcela remanescente dos serviços; (ii) licitação complementar para atingimento da totalidade da meta, isto é, abertura de nova contratação para cobrir o restante do escopo necessário para adimplir com a meta

²⁶⁶ Gustavo Kaercher Loureiro propõe interessante reflexão sobre a abrangência deste dispositivo, alegando que a norma também englobaria aquelas situações irregulares e precárias, na medida em que igualmente estariam em “vigor” à época da nova legislação. Ver trabalho publicado pelo Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da FGV, sob título de “Apontamentos sobre o art. 10-B da Lei 11.445/2007 e seu regulamento”. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes>. Acesso em: 21 jul. 2021.

²⁶⁷ Ver § 3º do art. 11-B, que prevê “Art. 11-B [...] § 3º As metas de universalização deverão ser calculadas de maneira proporcional no período compreendido entre a assinatura do contrato ou do termo aditivo e o prazo previsto no caput deste artigo, de forma progressiva, devendo ser antecipadas caso as receitas advindas da prestação eficiente do serviço assim o permitirem, nos termos da regulamentação”.

de 2033; e (iii) aditamento de contratos já licitados, assegurado o seu equilíbrio econômico-financeiro, e desde que em comum acordo com a contratada.

É dizer, enquanto os contratos de programa dependerão necessariamente de revisão extraordinária (provavelmente de impactos tarifários) para inclusão das metas de universalização, nos contratos de concessão poder-se-á escolher por sua revisão ou, alternativamente, por outras formas de atender as metas do Novo Marco.

Esta dicotomia fica mais sensível diante das previsões do Decreto nº 10.710, de 2021²⁶⁸, que determina o processo para aferir a capacidade econômico-financeira dos operadores para revisão contratual que busque refletir as metas do Novo Marco²⁶⁹. Tudo porque, o referido decreto acabou por não autorizar a condução de estudos de viabilidade que prevejam a ampliação do prazo de vigência dos contratos de programa (§ 3º do art. 7º), tampouco facultando que o alcance de metas se dê por meio de instrumentos de subdelegação quando houver excedente do limite de 25% do art. 11-A da LNSB, sob redação do Novo Marco (§§ 4º e 5º do art. 7º). É dizer, o decreto limita as opções de revisão dos termos contratuais, pressionando composição tarifária que faça suportar as metas de universalização.

Estes pontos de *discrímén* do regime jurídico da contratação de programa são objeto de mandado de segurança impetrado diretamente no STF, questionando o Decreto

²⁶⁸ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Serviços de água e esgotamento: notas sobre o Decreto 10.710/2021 e a “comprovação da capacidade econômico-financeira”. In: **Coluna da Plataforma Direto do Estado**. Ano 2021, nº 482. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/servicos-de-agua-e-egotamento-notas-sobre-o-decreto-10710-2021-e-a-comprovacao-da-capacidade-economico-financeira>. Acesso em: 09 ago. 2021.

²⁶⁹ A redação do referido Decreto vem levantando uma série de críticas, dos mais variados aspectos. Cita-se como exemplo os seguintes debates: (i) Fernando Vernalha critica a redação do decreto, que, em sua opinião, detém o condão de gerar situações de incerteza e insegurança, com contratos de estatais no limbo jurídico (**Nova regulamentação do saneamento básico ameaça a universalização do serviço**. Disponível em: <https://jovempan.com.br/opiniao-jovem-pan/comentaristas/fernando-vernalha/nova-regulamentacao-do-saneamento-basico-ameaca-a-universalizacao-do-servico.html>. Acesso em: 08 ago. 2021.) (ii) Maurício Portugal Ribeiro é outro crítico severo do Decreto nº 10.710/2021, alertando sobre diversos problemas advindos do normativo, dentre eles a dinâmica de repactuação tarifária (que exige declaração favorável do titular antes de análise técnica da entidade reguladora) e a classificação dada aos contratos de PPP no âmbito das atividades de subdelegação dos serviços públicos de saneamento (as informações encontram-se em vídeo específico do canal Infra em Pauta, na plataforma do Youtube, denominado “Edição especial do Infra em Pauta sobre o Decreto 10.710”). Disponível em: <https://www.youtube.com/channel/UCf-Sk0sI3Ke98tiagelTe0A/videos>. Acesso em: 09 ago. 2021); e (iii) reportagem pública no jornal Valor Econômico, em 07/06/2021, de Taís Hirata, indica os problemas advindos da métrica de aferição da capacidade técnica dos operadores, citando a realização de estudo pela consultoria GO Associados, segundo o qual ao menos dez companhias públicas de saneamento não atendem aos requisitos mínimos exigidos pela legislação. São elas: as estaduais de Alagoas, Amapá, Amazonas, Maranhão, Pará, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima e Santa Catarina. As informações da reportagem estão disponíveis no site eletrônico da AESBE: <https://aesbe.org.br/estudo-indica-que-dez-estatais-nao-atendem-novos-requisitos/>. Acesso em: 09 ago. 2021.

nº 10.710, de 2021, como ato coator (i.e. MS 38.226). Nesta ação, questiona-se as disposições normativas que (i) proíbem a extensão de prazo contratual das avenças de programa como medida de reequilibrar tais contratos para incorporar as metas de universalização; (ii) proíbem a celebração de PPPs para além do limite de 25%, aplicável pela legislação somente aos casos de subdelegação; e (iii) impõe a obrigação de se criarem sociedades de propósito específico para cada contrato de prestação material dos serviços de saneamento, inclusive nas situações de prestação regionalizada.

Com exceção deste último ponto, da obrigatoriedade de criação de sociedade de propósito específico para fins de acompanhamento dos projetos de saneamento, entende-se que os demais questionamentos seriam pertinentes, seja porque cerceiam desarrazoadamente direitos das CESBs (com a proibição de extensão de prazo contratual para viabilizar modificações contratuais que sirvam à universalização), seja porque conferem interpretação equivocada da LNSB, inovando no ordenamento jurídico brasileiro com restrições que não estão previstas em lei (i.e. entendimento de que o limite de 25% das subdelegações também se aplicaria às PPPs).

Seja como for, é fato notório que a inclusão de metas e todo o procedimento de revisão dos contratos em vigor será especialmente desafiador para as entidades de regulação e para a regulação econômica. A legislação detém detalhes para cada regime jurídico de prestação material dos serviços, sendo que o atual momento de ajustes nos contratos exigirá novo esforço para coordenar o equilíbrio econômico-financeiro dos serviços, com a modicidade tarifária e a eficiência na busca da universalização.

Os contratos que não se ajustarem serão tidos como irregulares e sujeitos ao término antecipado pelos titulares.

5.5 Regramento para Interrupção dos Serviços

O art. 40 da LNSB preconiza cinco situações nas quais é permitida a interrupção dos serviços de saneamento básico pelos prestadores, quais sejam²⁷⁰: (i) situações de emergência que atinjam a segurança de pessoas e bens; (ii) necessidade de efetuar reparos,

²⁷⁰ Ver também sobre o tema o artigo ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Hipóteses de interrupção dos serviços na Lei de Saneamento. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei Federal nº 14.026/2020**: o novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 499 e seguintes.

modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas, respeitados os padrões de qualidade e continuidade estabelecidos pela regulação do serviço; (iii) negativa do usuário em permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida, após ter sido previamente notificado a respeito; (iv) manipulação indevida de qualquer tubulação, medidor ou outra instalação do prestador, por parte do usuário; e – a mais sensível - (v) inadimplemento, pelo usuário do serviço de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário, do pagamento dos preços, após ter sido formalmente notificado (com antecedência mínima de 30 dias da data prevista para suspensão), de forma que, em caso de coleta, afastamento e tratamento de esgoto, a interrupção dos serviços deverá preservar as condições mínimas de manutenção da saúde dos usuários, de acordo com norma de regulação ou norma do órgão de política ambiental.

Lembrando, é claro, que a interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas²⁷¹.

O assunto é relevante pois se encontra no cerne da sustentabilidade da equação econômico-financeira da prestação material dos serviços, ao passo que também atrai a aplicação da prestação adequada dos serviços e da sua eficiência. Se o prestador não pode deixar de prestar os serviços adequadamente, também não pode fazê-lo de graça,

²⁷¹ Aproveitando dos ensinamentos de Silvio Luiz Ferreira da Rocha, nos parece relevante citar a edição nº 13 da jurisprudência em teses, que estabelece os seguintes entendimentos (teses): “1) É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente o usuário, desde que precedido de notificação; 2) É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, desde que precedido de notificação; 3) É ilegítimo o corte no fornecimento de energia elétrica quando puder afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário; 4) É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente pessoa jurídica de direito público, desde que precedido de notificação e a interrupção não atinja as unidades prestadoras de serviços indispensáveis à população; 5) É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente unidade de saúde, uma vez que prevalecem os interesses de proteção à vida e à saúde; 6) É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando a inadimplência do usuário decorrer de débitos pretéritos, uma vez que a interrupção pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo; 7) É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais por débitos de usuário anterior, em razão da natureza pessoal da dívida; 8) É ilegítimo o corte no fornecimento de energia elétrica em razão de débito irrisório, por configurar abuso de direito e ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo cabível a indenização ao consumidor por danos morais; 9) É ilegítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando o débito decorrer de irregularidade no hidrômetro ou no medidor de energia elétrica, apurada unilateralmente pela concessionária; 10) O corte no fornecimento de energia elétrica somente pode recair sobre o imóvel que originou o débito, e não sobre outra unidade de consumo do usuário inadimplente”. (ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Hipóteses de interrupção dos serviços na Lei de Saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei Federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.)

prejudicando o planejamento de investimentos para universalização. E disso a regulação econômica se ocupa, observando direitos e obrigações prescritos na LNSB.

Nos dizeres de Floriano de Azevedo Marques Neto²⁷², ou bem a interrupção dos serviços se dá por razões técnicas e/ou emergenciais, ou bem se dá em caráter punitivo²⁷³. Nos primeiros, haveria situações em que a rede ou os equipamentos dos serviços estariam aptos a colocar em risco a população em seu entorno, como haveria de acontecer com o rompimento de uma adutora ou uma estação de tratamento que ameaça a ruir. Em ambos os casos, seria necessário interromper os serviços para realizar os reparos necessários. Mas não só. Nestes casos também se encontrariam as situações de obras emergenciais para lidar com crises de abastecimento hídrico e cuja interrupção dos serviços permita expandir a capacidade de abastecimento de determinado sistema. Para além disso, haveria de se imaginar a recorrente manutenção preventiva dos equipamentos de saneamento, as quais, de acordo com § 1º do art. 40 da LNSB, devem ser previamente comunicadas ao regulador e aos usuários.

Os casos de interrupção dos serviços por função punitiva recaem sobre duas situações. Naquela em que o usuário se nega permitir a instalação de instrumento de medição é preciso que o operador apresente prova objetiva da negativa, a qual, nos dizeres de Floriano de Azevedo Marques Neto “*poderá se dar por certidão do funcionário da operadora das reiteradas tentativas em proceder a instalação, porquanto para este fim entendendo que o preposto da prestadora há de ter fé pública*”²⁷⁴. A dinâmica de notificações para interrupção punitiva deverá observar a regulação local, preservados os direitos do usuário de saber cada ação tomada contra si.

²⁷² Floriano de Azevedo Marques Neto analisa tais hipóteses comentando: “[...] continuidade da prestação, entendida como a vedação da interrupção da prestação salvo por razões técnicas justificadas (uma manutenção preventiva ou corretiva, por exemplo), ou na mais sensível possibilidade de interrupção punitiva. Nestas duas, a quebra da regularidade da prestação é prevista e autorizada pela lei”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: Berenice de Souza Cordeiro (coord.). **Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de saneamento básico**. Brasília: Editora, 2009, p. 182 e seguintes.)

²⁷³ Lógica essa que parece amparada pelo § 3º do art. 6º da Lei nº 8.987, de 1995, cujo conteúdo determina: “Art. 6º [...] § 3º: Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

²⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: Berenice de Souza Cordeiro (coord.). **Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de saneamento básico**. Brasília: Editora, 2009, p. 182 e seguintes.

Nas situações de interrupção dos serviços pelo inadimplemento dos serviços²⁷⁵, cabe à entidade reguladora fiscalizar o procedimento adotado pelo prestador, para além de detalhar o regramento de todo o procedimental. A Resolução ARSESP nº 106 é bom exemplo, já que exige, por exemplo, as condições pelas quais a notificação de suspensão dos serviços por inadimplemento deve dar²⁷⁶, assegurando outros direitos aos usuários, tais como, proteção de não ter seus serviços suspensos às vésperas de finais de semana ou feriados²⁷⁷⁻²⁷⁸.

O Novo Marco alterou inciso da LNSB que trata da suspensão dos serviços por conta do inadimplemento dos usuários, acrescentando toda parte *in fine* do texto normativo para assegurar que ao menos os serviços de esgotamento sanitário sejam continuamente prestados de modo a proteger a manutenção da saúde da coletividade, observando normativo de política ambiental e regulatória.

Não parece ser disposição contrária ao ordenamento jurídico, embora possa levar a realização de algumas revisões tarifárias para manter o equilíbrio econômico-financeiro de certos contratos. E isso porque, se trata de outro exemplo da incidência do princípio da eficiência com forma de viabilizar a prestação adequada dos serviços, visto que protege o equilíbrio econômico-financeiro do operador pela possibilidade de interrupção dos

²⁷⁵ *Ibid.* Vale citar mais uma vez as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto para quem: “Embora os serviços de saneamento possuam externalidades que os tornem quase serviços de fruição necessariamente coletiva e integral, além de possuírem uma relação grande com os parâmetros mínimos de dignidade e civilidade assegurados à cidadania, não se pode descuidar que se trata de uma atividade prestacional, que tem custos e que os mesmos serão arcados pelo conjunto dos usuários que consome o serviço sem adimplir a tarifa (a conduta do *free rider* típico) é potencialmente deletéria para os demais usuários, para os consumidores potenciais (beneficiários de políticas de universalização) e para o sistema como um todo, que potencialmente poderá ter sua regularidade e qualidade comprometidas caso o comportamento oportunista do usuário inadimplente se generalize. Portanto, nenhum sentido há em se ter uma tutela protetiva do usuário inadimplente, pois ele nada mais é do que aquele que se beneficia do esforço de todos em assumir os custos dos serviços”.

²⁷⁶ Art. 90 - O aviso prévio sobre a interrupção dos serviços deve ser enviado por correspondência específica, encartada ou não à fatura, assegurada a informação ostensiva e com caracteres destacados, e conter: I - o fundamento para a interrupção; II - a semana da interrupção; III - as providências que poderão ser tomadas pelo usuário para evitar a interrupção ou para obter posteriormente o restabelecimento dos serviços; IV - o canal de contato com o prestador para esclarecimento de eventuais dúvidas do usuário. § 1º: O aviso prévio e as notificações formais devem ser escritos de forma compreensível e de fácil entendimento. § 2º: O prestador deverá dispor de mecanismos que facilitem a comunicação imediata do pagamento da fatura em atraso, de forma a evitar a interrupção dos serviços.

²⁷⁷ Art. 95 - Fica vedado ao prestador interromper a prestação dos serviços aos sábados, domingos, feriados (nacionais, estaduais e municipais) e suas vésperas.

²⁷⁸ Inclusive, relevante notar que tal disposição encontra expresso amparo o § 4º do art. 6º da Lei nº 8.987, de 1995, que regulamenta a prestação adequada dos serviços públicos outorgados mediante concessão, *in verbis*: “art. 6º [...] § 4º: A interrupção do serviço na hipótese prevista no inciso II do § 3º deste artigo não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado.”. A redação deste dispositivo, vale lembrar, é nova, tendo sido introduzida na legislação de concessões por meio da Lei nº 14.015, de junho de 2020.

serviços ao mesmo tempo que viabiliza um mínimo de prestação dos serviços públicos para proteger o meio ambiente e a saúde da coletividade.

Acontece que os desafios da regulação econômica não terminam nestas observações. Os serviços de saneamento básico não são como os serviços de energia elétrica, nos quais as interrupções são automaticamente sentidas pelos usuários. O uso de caixas d'água gera um atraso entre a interrupção dos serviços e a percepção do usuário, distorcendo a fiscalização regulatória e por vezes beneficiando os operadores ineficientes.

Este é outro ponto que a regulação econômica precisa se socorrer de formas de fiscalização, direta e in loco, para apoiar a adoção de medidas que visem apurar a eficiência na operação da rede de água e esgoto.

5.6 Tratamento da indenização pelos investimentos realizados e não amortizados

Para terminar os temas deste tópico cabe descrever o tratamento dado pela LNSB para a sensível questão dos investimentos realizados nos serviços de saneamento básico. Este é ponto essencial para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, assim como para assegurar investimentos nos serviços de água e esgoto. Sem segurança de retorno dos investimentos, não há como atrair capital privado.

O art. 42 da LNSB dispõe de regra geral segundo a qual os valores investidos em bens reversíveis pelos prestadores constituirão créditos perante o titular, a serem recuperados mediante a exploração dos serviços, nos termos das normas regulamentares e contratuais e, quando for o caso, observada a legislação pertinente às sociedades por ações.

As tarifas ou taxas fixadas para suportar a delegação material dos serviços públicos de saneamento devem considerar tais investimentos e o prazo contratual da delegação para fins da equação econômico-financeira da avença. O valor de investimento detém importância fundamental para composição dos montantes cobrados junto aos usuários, observada a necessidade de sua amortização ao longo do contrato.

E a LNSB adota premissas de investimento concessório, com nítidas noções do regime jurídico de serviços públicos, o qual exige a versão ou reversão dos bens vinculados aos serviços públicos, pelo delegatário, ao poder concedente, quando do

advento do termo contratual²⁷⁹. Ao operador cabe explorar os serviços para se remunerar pelos investimentos realizados nos bens que serão revertidos. Cabendo, adicionalmente, a garantia de indenização pelos investimentos realizados e não amortizados ao final da prestação dos serviços. Entendimento contrário poderia permitir a reversão sem o pagamento pelos serviços de investimento do concessionário, gerando enriquecimento sem causa em favor do Poder Público²⁸⁰, assim como confisco indevido dos montantes aportados durante a avença delegatória.

O cálculo desta indenização é motivo de muito debate, sobretudo quando inexistente previsão clara em contrato e quando a fiscalização dos investimentos é insuficiente. Não havendo regra clara fixada no início da operação dos serviços de saneamento, tende-se a gerar discussões jurídicas relevantes sobre o critério de indenização. Afinal, pode-se especular pela utilização do critério contábil, valor histórico ou mesmo pelo montante necessário pela reposição integral daqueles investimentos (o chamado valor novo de reposição)²⁸¹. Por outro lado, inexistindo controle da base de ativos reversíveis, tampouco há consenso entre o regulador e o operador sobre quais investimentos deveriam ser considerados para composição das tarifas e eventual pagamento de indenização.

A regulação econômica deve se preocupar em dar clareza aos operadores e aos investidores dos serviços de saneamento básico, também fixando critérios objetivos para o cálculo das indenizações eventualmente devidas, assim como as condições de fiscalização e acompanhamento contábil dos investimentos. Sem saber quais foram os investimentos realizados e como calcular eventual indenização certamente haverá litígios.

Isso é ainda mais importante ao se considerar que, de acordo com redação introduzida pelo Novo Marco, a transferência de serviços de um prestador para o outro será condicionada, em qualquer hipótese, ao pagamento da indenização dos investimentos vinculados aos bens reversíveis que ainda não tenham sido amortizados ou depreciados, facultado ao titular atribuir ao prestador que irá assumir o serviço a responsabilidade pelo

²⁷⁹ Vide GRAU, Eros Roberto. **Contrato de concessão: propriedade de bens públicos, encerramento do contrato e o artigo 884 do Código Civil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Vol. 261, p 33-46, Set/2012. In: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8850/7671>>, acessado em 01 dez 2021.

²⁸⁰ O princípio geral de Direito da vedação ao enriquecimento sem causa encontra-se plasmado no art. 884 do Código Civil, aplicando-se largamente as relações de Direito Administrativo como corolário de boa-fé e proteção entre as partes.

²⁸¹ Discussões sobre o assunto são brilhantemente sumarizadas por PRADO, Lucas Navarro. **Extinção de contratos de PPP e concessão: breves reflexões sobre o cálculo de indenizações considerando os parâmetros gerais da Lei Federal nº 8.987/95**. In: Parcerias Público Privadas: experiências, desafios e propostas. Org. OLIVEIRA, Gesner; e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. Ed. LTC.

pagamento das dívidas immobilizadas junto do antigo prestador (cf. §5º do art. 42 da LNSB).

Trata-se de dispositivo voltado a proteger os atuais contratos de prestação dos serviços de saneamento, sobretudo os contratos de programa das CESBs que há muito brigam para se manter na prestação dos serviços enquanto pendente o pagamento de indenizações pelos titulares dos serviços. Em diversos casos judiciais²⁸² as estatais argumentam que a ausência de pagamento dos valores indenizatórios antes da assunção dos pelos titulares seria causa para sua manutenção extraordinária na delegação dos serviços de saneamento, mesmo em situações de simples término do termo contratual.

O Poder Judiciário até então parecia afastar esta tese, mantendo as estatais na delegação dos serviços somente para os casos de encampação, em que efetivamente a legislação predica ser necessário o pagamento de indenização prévia para extinção contratual.

Neste sentido, por exemplo, identificou-se o entendimento fixado do STJ no REsp nº 1.059-SC, pelo qual é relatada a disputa entre a CASAN e o município de São João Batista. Aqui, uma vez decorrido o termo da delegação, o município de São João Batista realizou imediata assunção dos serviços, atuando também junto aos levantamentos e avaliações necessárias à determinação dos montantes da indenização devida à estatal. O município assumiu a prestação dos serviços sem indenizar à CASAN em um primeiro momento, sofrendo questionamentos da delegatária para que esta permanecesse na prestação dos serviços enquanto não lhe seja paga a indenização.

O entendimento majoritário do Tribunal foi: a indenização, apesar de devida, deve ser pleiteada pela delegatária em momento posterior à reversão de bens e nas vias ordinárias (demanda autônoma). A indenização seria pautada pelas referidas avaliações e levantamentos realizados pelo Poder Público. A seguir, a ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95. I - O termo final do contrato

²⁸² Identificou-se no STJ por exemplo são os seguintes julgados: REsp nº 1.059.137 – SC, Ministro Relator: Francisco Falcão, julgado em 2008; AgRg nos ED no RE nº 1.197.430 – SC, Ministro Relator: Hamilton Carvalhido, julgado em 2010; AgRg no RE nº 1.139.802 – SC, Ministro Relator: Hamilton Carvalhido, julgado em 2009; AgRg na Suspensão de Segurança nº 1.307 – PR, Ministro Relator: Edson Vidigal, julgado em 2003; AgRg na Reclamação nº 5.242 – SP, Ministro Relator: Benedito Gonçalves, julgado em 2011.

de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados. II - Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei nº 8.987/95 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens. III - Recurso especial improvido (REsp 1059137/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008).

Como observado acima, os julgados até então pareciam seguir o regramento indenizatório da Lei nº 8.987/1995, afastando a permanência das delegatárias nos serviços após o advento do termo contratual ou em outras situações nas quais a legislação expressamente não houvesse determinado a necessidade de pagamento prévio de indenização, antes da assunção dos serviços pelo titular.

Isto muda agora com o Novo Marco que expressamente passa a exigir que a mudança de operadores seja necessariamente precedida do pagamento dos montantes indenizatórios devidos pelos investimentos realizados e não amortizados. E nada haveria de antijurídico nesta previsão, a qual buscou conferir garantia adicional aos prestadores dos serviços de saneamento básico como forma de superar fragilidade regulatória para apuração das indenizações. Além disso, nunca é demais lembrar que a legislação chegou até mesmo a expressamente permitir que o novo delegatário pague o anterior para evitar discussões de incapacidade do erário municipal.

Mesmo com razão jurídica, certo é que se trata de mais um motivo para se ter extrema atenção regulatória na fixação de regras claras de cálculo, assim como do acompanhamento dos ativos investidos. Pois, do contrário, mais discussões irão se proliferar, agora sob nova base normativa capaz de alterar a jurisprudência.

6 DA DISCUSSÃO ENVOLVENDO DIFERENTES MODALIDADES DE REGULAÇÃO ECONÔMICA NO SAENAMENTO BÁSICO

6.1 Noção operacional das modalidades de regulação

Entende-se haver atualmente opiniões doutrinárias diferentes sobre aquilo que seria a chamada regulação discricionária, por agência, e aquilo que corresponderia a chamada regulação por contrato. Embora se reconheça ligação da atividade regulatória no tratamento contratual ou na atuação institucional das agências reguladoras, há sensíveis peculiaridades na avaliação atual da literatura especializada. E aparentemente as divergências se encontram na segregação de entendimentos entre a ciência jurídica e a ciência econômica.

Boa parte das análises jurídicas reflete entendimentos que segregam as diferentes modalidades de regulação pelos agentes que as operam e pelo momento da regulação de cada “estratégia” regulatória²⁸³. Para a ciência jurídica, enquanto a regulação por contrato é entendida como o exercício de uma função regulatória tida como “primária”, na qual o titular dos serviços plasma no instrumento de delegação as opções regulatórias que irão reger a prestação dos serviços ao longo da vigência do contrato, a regulação por agência envolveria o exercício por entidade reguladora independente de uma função regulatória tida como “secundária”, que seria necessária para complementar e integrar as escolhas feitas pelo titular nos contratos durante a sua execução.

Segundo esta visão, a relação entre ambas as modalidades de regulação estaria no reconhecimento de que as escolhas contratuais seriam incompletas, já que estar-se-ia comumente diante de contratos de parceria, por longo prazo, incapazes de prever todas as situações a serem identificadas ao longo da execução contratual. Daí que a regulação implementada pelas agências reguladoras seria importante para trazer segurança ao alinhamento dos direitos previstos nos contratos para os operadores, o titular e os usuários, principalmente por ser necessária para manter as premissas iniciais diante de eventos extraordinários, não previstos originalmente.

As análises jurídicas, em regra, não chegam a detalhar o exercício da modalidade de regulação por agência, deixando de explicar como é feita esta intermediação de eventos extraordinários com a integração das escolhas plasmadas nos contratos. Alguns casos chegam a afirmar que isso seria realizado consensualmente, entre os afetados, mas sem

²⁸³ Cf., por exemplo, VALIATI, Thiago Priess. **O Sistema Duplo de Regulação no Setor de Saneamento Básico no Brasil**. In: Desafios da Nova Regulação do Saneamento no Brasil. Coord. PEREZ, Marcos Augusto; et. al. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2021; KAERCHER, Gustavo; DUTRA, Joisa. **Regulação contratual ou discricionária no saneamento?** In: Porta do Jota: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-contratual-ou-discricionaria-no-saneamento-05042021> >. Acessado em 22 nov. 2021.

dar maiores detalhes. Trata-se, portanto, de análises majoritariamente jurídico-formais, com foco em competências legais. Limitam-se a apontar competências e afirmar que, pela lei, os dois modos de regulação precisam se articular, isto é, o contrato precisa prever direitos e deveres, com posterior acompanhamento pela entidade reguladora, para interpretar e coordenar os interesses contratuais juntamente com a sua equação econômico-financeira.

Já do lado econômico²⁸⁴, a dicotomia de regulação discricionária, por agência, e regulação por contrato reflete especificamente o regime de revisão dos preços fixados para a prestação dos serviços. A literatura sugere que a regulação por agência reflete modelo segundo o qual o regulador detém liberdade (discricionariedade) para periodicamente visitar as premissas dos preços praticados na operação dos serviços. A leitura histórica²⁸⁵ descreve um modelo que, em regra, aplica esta modalidade discricionária aos casos delegados sem licitação (mas por delegação via autorizações e licenças), com equilíbrio econômico-financeiro dinâmico que permite a agência adotar intervenção regulatória que revise a composição dos preços, p.ex. investigando e propondo novo patamar de custos eficientes, assim como fixando metas de investimento para o ciclo de preços posterior. Do outro lado, na regulação por contrato as condições dos preços já estão fixadas no instrumento contratual por vezes obtida mediante competição entre os operadores pelo direito de explorar aquele contrato. O papel da agência reguladora (ou do titular) fica restrito em manter as premissas e condições fixadas à época da licitação, deixando de dispor de poderes para visitar premissas de custos. A revisão dos preços segue as taxas de retorno fixadas nos contratos. Não que seja impossível ter uma regulação discricionária em cenários de delegações precedidas de

²⁸⁴ Cf. BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; CAMACHO, Fernando Tavares. **Uma nota sobre o repasse de ganhos de produtividade em setores de infraestrutura no Brasil (Fator X)**. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5424/1/Radar_n22_Uma%20Nota.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021. Outro texto sobre a ótica econômica do tema seria CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?** Disponível na biblioteca digital do BNDES, em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2572/1/RB%2041%20Regulacao%20economica%20de%20infraestruturas_P.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

²⁸⁵ CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?** Disponível na biblioteca digital do BNDES, em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2572/1/RB%2041%20Regulacao%20economica%20de%20infraestruturas_P.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021; bem como LOIREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2020.

licitação, mas esta não seria, a princípio, a regra da origem da referida modalidade regulatória.

É preciso ter claro que a regulação discricionária, por agência, não se trata de simples reposicionamento de índices de atualização contratual, ou mesmo de revisões contratuais para inclusão de novos investimentos mediante o uso de parâmetros previamente acordados entre as partes (p.ex. mediante o cálculo de fluxos de caixa marginal, com taxa de desconto pré-fixada em contrato ou ato normativo da agência). Na regulação discricionária a agência reposiciona a tarifa, buscando manter o equilíbrio econômico-financeiro eficiente tal como se o mercado fosse competitivo, revalidando os custos dos operadores e seus investimentos.

Como se observa, a teoria econômica imprime conotação de conteúdo da atuação regulatória quando aborda os diferentes modelos regulatórios. Não se trata de leitura envolvendo as competências para interpretar contratos e integrá-los diante de eventos adversos, mas sim da forma pela qual se regulam os preços cobrados pelo fornecimento das utilidades públicas.

As duas visões, jurídica e econômica, não são antagônicas. Conjugando ambas mediante uma leitura econômica do Direito parece possível evoluir nos debates sobre a forma de se regular serviços públicos. A visão jurídica serve para delimitar os aspectos formais da interface regulatória, validando as competências do titular dos serviços e da entidade reguladora, assim como funcionando de baliza para controlar excessos na atuação de um ou de outro agente. A visão econômica, por seu turno, fornece elementos para entender as diferentes formas de revisão dos preços praticados na prestação material dos serviços, permitindo que a interpretação jurídica seja aplicada corretamente para legitimação e controle atuação regulatória.

6.2 Histórico conceitual das modalidades de regulação discricionária e por contrato

Detalhamento destas modalidades regulatórias pela perspectiva econômica pode significar optar, de um lado, por uma regulação institucional e discricionária de preços,

com incentivos e cujo mecanismo mais popular é a regulação de preço teto (*price cap*)²⁸⁶, enquanto, do outro lado, significa adotar, em regra, a regulação focada em regras contratuais, com ajuste de preços limitados pelas regras previamente fixadas no contrato de prestação dos serviços.

Não que no primeiro caso, de regulação institucional e discricionária, não se deva seguir o descrito no contrato prestação dos serviços, descumprindo aquilo que foi pactuado pelas partes. Mas, nestas situações, o equilíbrio econômico-financeiro da empresa concessionária será periodicamente revisitado por meio de revisões tarifárias ordinárias, que, inclusive, acabam por refletir a condição da base de ativos, metas de expansão, subsídios e custo de capital.

Também não se quer dizer que está vedado introduzir mecanismos de captura da eficiência empresarial no âmbito da regulação contratual, inexistindo qualquer margem discricionária de revisão daquilo que foi acordado pelas partes quando da celebração de uma avença concessória, regida pela regulação contratual. Se o instrumento contratual prevê mecanismos de revisão das condições contratuais, é possível que as entidades de regulação ajustem determinados parâmetros de prestação contratual durante a execução do contrato, mas sempre observando seus termos e condições.

O detalhamento do assunto sob perspectiva jurídica²⁸⁷ passa pela apuração da diferença de ambos os modelos segundo a visão do equilíbrio econômico-financeiro, que confronta e agrupa duas teorias jurídicas, pendulares no Direito brasileiro. De um lado, a regulação advinda da outorga de acordos concessórios e das teorias sobre sua mutabilidade, aproximada da prática francesa, originada de julgados do Conselho de Estado. Do outro lado, a regulação originária das *public utilities*, de origem norte-

²⁸⁶ Cf. Frederico Turolla e Bruno Carrara de Melo trata-se de ferramenta para regulação por incentivos, na qual “a metodologia de preço-teto foi desenvolvida no Reino Unido, na década de 1980, de forma que compôs o modelo regulatório de empresas privatizadas. Nesse modelo, as tarifas são mantidas constantes por um período predeterminado, a não ser por reajustes anuais que consideram a inflação e um fator de ajuste (fator X). Assim, a redução de custos gera um aumento do lucro enquanto durar o ciclo tarifário. Ao permitir que as empresas retenham o excedente de lucro por um tempo, espera-se que sejam estimuladas a reduzir seus custos e, assim, revelem ao regulador a eficiência potencial. Ao final do ciclo tarifário, o regulador pode redefinir os preços em uma revisão tarifária, convertendo o ganho de produtividade em prol da modicidade para beneficiar o usuário, e calcular um novo fator X. Quanto maior o ciclo, maior o incentivo ao aumento de eficiência, mas se eleva a possibilidade de o prestador auferir altos excedentes, o que não é bem-aceito pela sociedade”. (MELO, Bruno Carrara de; TUROLLA, Frederico Araújo. Modelos de regulação tarifária e a Lei nº 11.445/2007: as alternativas possíveis. In: GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; *et. al.* **Regulação do saneamento básico**. Barueri/SP: Ed. Manole, 2013, p. 141 e seguintes.)

²⁸⁷ Sugere-se, por exemplo, a leitura dos primeiros capítulos de LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Editora Quartier Latin.

americana e inglesa, focada em custos e incentivos para o desenvolvimento das atividades empresariais de interesse coletivo, entregues aos particulares normalmente sem processo licitatório.

Em breve síntese, o modelo francês advém da delegação de um serviço público²⁸⁸, pelo Estado, para um particular mediante contrato de concessão²⁸⁹⁻²⁹⁰. Reflete entendimento construído pela literatura com base na jurisprudência do Conselho do Estado, segundo o qual ao particular era concedida a prerrogativa de explorar certas atividades econômicas reservadas ao Poder Público²⁹¹, mediante contrato de concessão. O contrato, a princípio, se encarregaria de detalhar as condições de prestação dos serviços, pactuando o equilíbrio contratual entre encargos e ganhos da concessionária, na forma do equilíbrio econômico-financeiro da concessão de serviços públicos²⁹².

Com o tempo o Conselho de Estado admitiu a possibilidade de mutações naquilo que estaria pactuado nos acordos de concessão de serviço público, de forma a endereçar adversidades e as incompletudes contratuais.

A primeira delas foi a possibilidade de a Administração Pública poder alterar unilateralmente as condições para prestação dos serviços, isto é, mudar os encargos dessas

²⁸⁸ Segundo Dinorá Groti, “Por obra da jurisprudência e da doutrina francesas se foi perfilando uma instituição, com um regime jurídico peculiar de direito público, destinada a reger as atividades de prestação tendentes a satisfazer necessidades de interesse geral que o Estado assumiu e que este passou a prestar, a partir do século passado, de forma direta ou indireta. A noção de serviços públicos teve uma importância fundamental no direito francês, pois serviu para uma dupla função: a) como noção fundamentadora de todo o direito público, ou em particular do direito administrativo – é matéria de serviço público, é de direito administrativo; b) como critério de repartição de competências entre as jurisdições administrativa e comum, pois se lhe atribuía o caráter decisório para a aplicação do direito administrativo”. (Cf. GROTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 41 e seguintes.)

²⁸⁹ Para o histórico dos contratos de concessão sob o modelo francês, sugere-se a leitura das primeiras páginas do trabalho de Letícia Queiroz de Andrade, denominado “Teoria das Relações Jurídicas da Prestação de Serviço Público sob o Regime de Concessão”. (cf. ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.)

²⁹⁰ Embora com origens distintas, adota-se da ideia de Gustavo Kaercher Loureiro de que ambos os institutos estavam “*destinados a se encontrar*”.

²⁹¹ Indicada pela expressão *Services Publics Industriels et Commerciaux – SPICs*, cujo traço diferencial daquelas atividades tradicionalmente tidas como serviços públicos (indelegáveis, como, p. ex., Poder Jurisdicional) seria a sua aptidão para assumir organização empresarial, com delegação ao privado para desempenhá-las.

²⁹² Entende-se que dificilmente os primeiros contatos de concessão tivessem como prática o detalhamento exaustivo dos encargos das concessões, como ocorre atualmente nos cadernos de encargo. Em verdade, parece que os contratos detinham conteúdo abstrato, com espaço para discricionariedade dos reguladores e poderes concedentes, de forma a ajustar a prestação material dos serviços públicos.

concessões²⁹³. Nestes casos, o Poder Público deveria preservar em favor do concessionário a “equivalência honesta” que teria se estabelecido quando da celebração do contrato.

Também foi introduzida possibilidade de se manter o contrato e reajusta-lo diante de fatos imprevisíveis e imponderáveis, desde que garantido ao particular aporte de recursos pelo Estado de tal modo que seja possível assegurar a continuidade da prestação dos serviços públicos²⁹⁴. Ou seja, não se previa o ressarcimento integral do aumento de custos, mas tão somente uma recomposição econômico-financeira que permitisse a continuidade dos serviços públicos (o mínimo necessário).

Para além destes problemas, ainda surgiram diversos outros para a execução contratual, como, por exemplo, aqueles ligados ao fato do príncipe, cuja consequência, segundo o Conselho de Estado, deveria ser a recomposição integral pelo Estado em favor do concessionário, como ocorre nas hipóteses de alteração unilateral²⁹⁵.

No Brasil, a legislação acabou por outorgar maior proteção ao concessionário de serviços públicos, assegurando-lhe direito à recomposição integral do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão sempre que sucederem quaisquer das hipóteses suscitadas anteriormente²⁹⁶. Não há diferença se a causa do desarranjo da

²⁹³ “Nossa primeira parada é em 1910. Nesse ano, o Conselho de Estado deparou-se com um problema que hoje consideraríamos como de ‘atualidade das técnicas’ do serviço público, a demandar uma ‘alteração unilateral do contrato’ a bem do ‘interesse público. No caso *Ministre des Travaux Public c. Compagnie Générale Française des Tramways*, discutiu o órgão máximo da jurisdição administrativa francesa a possibilidade de o concedente introduzir alterações nos *cahier des charges* da concessão ferroviária, com vistas à melhoria do serviço” (ver LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Editora Quartier Latin, p. 56 e seguintes).

²⁹⁴ “No caso da *Compagnie Générale d’Éclairage de Bordeaux*, de 30 de março de 1916, o Conselho de Estado teve de lidar com um tipo de aflição que é típica dos nossos dias: a ocorrência do imponderável. Com a eclosão da Grande Guerra, o preço do principal insumo de concessionário para seu serviço de iluminação pública quintuplicou, contrariando qualquer expectativa que pudesse ser agasalhada pelas partes usando da celebração, anos antes, da concessão. Já se vê: a dificuldade aqui não está em saber como tratar uma determinada atitude tomada por um dos contratantes, mas em decidir como tratar eventos completamente independentes das vontades das partes, estranhos ao contrato, imprevisíveis e de grande magnitude, os quais afetam severamente as condições econômicas da operação do concessionário, tornando-a excessivamente onerosa, ainda que não impossível”. (*Ibid.*, p. 60 e seguintes)

²⁹⁵ “Um dos primeiros julgados a tratar de uma instância do que viria a ser reconduzido à noção de *Fait du Prince* envolveu o pleito indenizatório de um contratante do Estado francês em razão da edição, por este último, de uma lei que majorava substancialmente alguns itens de custo do objeto da prestação a que o particular estava obrigado [Conseil d’État 28 décembre 1924]”. (*Ibid.*, p. 63 e seguintes)

²⁹⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello comunga desta leitura ao afirmar que “Certamente, cabe invocar as teorias mencionadas, mas com algumas adaptações. É que não se pode extrapolar integralmente para o direito brasileiro as soluções francesas, pois não se ajustam de modo completo a nosso direito positivo. Este, como se verá a seguir, orientou-se de maneira a oferecer ao concessionário uma garantia mais ampla do que a que lhe é dispensada na França. É que no direito francês a álea ordinária, isto é, o risco a ser enfrentado pelo concessionário sem socorro do Poder Público, envolve não só os casos em que este, por

equação contratual decorreu de eventos incertos ou imprevisíveis, ou se, alternativamente, foi por objeto de ação da Administração Pública contratante ou extracontratual. O concessionário, pela legislação brasileira, detém direito a recomposição integral dos danos que sofrer na execução dos contratos, desde que a ele não tenham sido alocados os correspondentes riscos pela via contratual²⁹⁷. O instrumento do contrato é peça-chave da prestação dos serviços e da proteção à equação econômico-financeira, cuja métrica é o próprio conjunto de direitos e obrigações pactuadas.

As bases do modelo norte-americano são diferentes daquelas do modelo francês de concessão e de serviço público, com impactos de teoria de imprevisão, alteração unilateral de contrato ou mesmo fato do príncipe. E a mudança de premissas impacta sobremaneira a forma de pensar no equilíbrio econômico-financeiro, já que este é avaliado para a atuação da empresa no setor econômico, e não para manutenção daquilo que foi pactuado em determinada avença contratual.

A origem dos debates norte-americanos foi calcada na exploração privada de atividades econômicas de utilidade pública, que não eram tidas como reservadas ao Estado²⁹⁸. Ao invés de prerrogativas estatais, trata-se de atividades econômicas privadas, desenvolvidas livremente, mas que deteriam falhas de mercado ao passo que também seriam interesse coletivo, carecendo de regulação estatal²⁹⁹. A função da regulação do Estado é garantir a livre competição, e não a prestação adequada, universal e contínua de um serviço público de titularidade estatal.

ineficiência, negligência ou incapacidade, sofre prejuízos, mas também as hipóteses em que sua deterioração patrimonial advém de oscilações, ou promana da ação de medidas gerais, exaradas pelo Poder Público, que afetem indiscriminadamente toda a coletividade, sem repercussão especial sobre o concessionário e sem lhe tornar ruínosa a exploração do serviço. Entre nós, todavia, a noção de álea ordinária – ou seja, do risco que o concessionário deve suportar – é mais restrita, de sorte que se beneficia de uma proteção maior. De outro lado, no que se refere à álea econômica, quando invocável a teoria da imprevisão, o resguardo do concessionário é completo, e não apenas parcial, como no direito francês. Em suma: no Brasil, a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 748-749.)

²⁹⁷ Discussão sobre alocação de riscos em contratos de concessão pode ser debatida à luz do debate proposto por PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

²⁹⁸ DEMSETZ, Harold. (1968) Why Regulate Utilities? **Journal of Law and Economics**. vol. 11, nº 1, article 6. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/jle/vol11/iss1/6>. Acesso em: 20 jul. 2021.

²⁹⁹ Julgado importante sobre o tema é aquele envolvendo Munn Vs. Illinois, 94 U.S.113. Sobre a decisão judicial e os detalhes das noções jurídicas da regulação de *public utilities*, ver LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Editora Quartier Latin, p. 43 e seguintes.

A fonte da regulação das atividades de interesse coletivo é a lei e as normas editadas pelas entidades reguladoras (as agências reguladoras norte-americanas), cujo controle pelo Poder Judiciário foi moldando o poder estatal em função de restrições aos seus abusos³⁰⁰. Certos casos até tinham como exigência um acordo com o poder público para exploração da atividade econômica. Mas estes acordos não objetivavam o trespasse de competências públicas ao particular, tampouco serviam de fonte para regulação da atividade econômica. Tratava-se tão somente de permissão do uso de bens públicos, como vias e terrenos públicos, edificações etc. Seriam autorizações pontuais, ou licenças para uso de determinado ativos governamentais. Nada de licitações para acesso a atividades sob responsabilidade estatal.

A regulação norte-americana foca, portanto, em intervenção mínima, normativa, buscando direcionar preços para o caminho mais próximo possível daquilo que seria a competição efetiva no mercado de utilidade pública. É a ideia de regulação para aferir a “justa remuneração” do particular, evitando abusos do seu poder de mercado sobre atividade econômica de utilidade pública³⁰¹.

Em não havendo contrato para regular o exercício das atividades particulares, tampouco haveria bases para resguardar uma equação econômico-financeira pactuada pelas partes. A regulação foca no futuro, com abordagem propositiva de intervenção nos preços a partir de revisão dos seus custos, com propostas para melhorar a competição do mercado. Vai na contramão de uma visão retrospectiva, normalmente ligada a abordagem preponderantemente contratual, que busca manter a equação originalmente acordada em instrumentos contratuais.

³⁰⁰ Embora tenham acabado por expressar certa deferência à regulação estatal, baseando seu judicial review nos excessos produzidos pelo Estado, *cf.* *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council*, 467 U.S. 837 (1984). No cenário brasileiro, Juliana Palma já teceu palavras sobre a teoria da deferência às decisões administrativas pelos tribunais *cf.* PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2016.

³⁰¹ “Cuida-se do *leading case* *Smith vs. Ames*, julgado em 1898 [169 U.S. 466]. Discutia-se nesse processo a constitucionalidade de uma lei estadual (Nebraska) que fixava os preços de transporte de um serviço ferroviário regional. Ao decidir o litígio, a Suprema Corte entendeu que a lei em questão feria a 14ª Emenda, ao privar o empresário de sua propriedade sem o devido processo. Esse julgado cunhou a expressão que, por muito tempo, foi a senha para referir o modelo norte-americano, *fair return* (a ‘justa remuneração’ encontrada nas Constituições brasileiras)”. (*cf.* LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Editora Quartier Latin, p. 67 e seguintes).

Note-se que a regulação que busca a “justa remuneração” do particular é compatível tanto com aquela regulação econômica pelos custos³⁰² da atividade, como também pela regulação econômica por incentivos, que tem no “preço teto” o seu maior expoente³⁰³. A regulação por custos mais moderna não é aquela do PLANASA, que assegurava o retorno de custos declarados pelas estatais. Mas sim uma regulação que revisa os custos dos agentes econômicos para buscar manter a operação eficiente. Do seu lado, a regulação de preço teto também busca revisitar premissas da prestação dos serviços para incentivar atuações eficientes dos regulados. Ambas as formas de regulação tarifária buscam entregar controle da atividade privada, de forma a introduzir, cada uma ao seu modo, eficiência em determinada atividade econômica.

No Brasil, apesar da influência francesa do regime jurídico de serviços públicos e suas respectivas concessões, o modelo norte-americano encontrou *mutatis mutandis* amparo nas constituições de 1934 até a emenda constitucional de 1967³⁰⁴, contando com

³⁰² Vale-se novamente das lições do campo da econômica, trazidas por Frederico Turolla e Bruno Carrara de Melo, para quem “O modelo de custo de serviço, também conhecido por regulação por taxa de retorno (*rate of return regulation*), foi desenvolvido nos Estados Unidos em substituição à regulação por contratos, por permitir maior adaptabilidade às condições variáveis de mercado. As tarifas são ajustadas (*ex-post*) de acordo com os custos do prestador para manutenção de determinado nível de remuneração. Se a taxa de retorno efetiva do período anterior foi mais alta que a estipulada, as tarifas para o período seguinte são reduzidas. Caso contrário, são aumentadas. As tarifas assim determinadas são consideradas justas, pois possibilitam aos prestadores a recuperação dos custos incorridos e impedem o estabelecimento de altos lucros características do monopólio”. Vale destacar que a “regulação por taxa de retorno possui vantagens: a sustentabilidade do negócio alcançada pela adaptação tarifária às condições variáveis ao longo do tempo; o baixo risco do negócio, pois há garantia de retorno do capital investido, com consequente redução do custo de capital e atração de investimentos; a manutenção dos lucros em nível adequado, do ponto de vista tanto dos investidores quanto dos consumidores; o contínuo monitoramento do lucro; e a possibilidade de manutenção de alta qualidade dos serviços. Entretanto, a ênfase na recuperação de custos pode resultar em altas tarifas. A garantia de retorno de investimentos representa estímulos a investimentos desnecessários ou imprudentes, especialmente quando a taxa de retorno é atrativa (efeito Averch-Johnson). Adicionalmente, não há incentivos para operação eficiente e à redução de custos operacionais. Há, ainda, o risco de manipulação contábil por parte do prestador e de exigência de altos custos administrativos para o regulador, pois requer o processamento e a análise de muitas informações, bem como frequentes ajustes de preços”. (MELO, Bruno Aguiar Carrara de; TUROLLA, Frederico Araújo. Modelos de regulação tarifária e a Lei nº 11.445/2007: as alternativas possíveis. In: GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; *et. al.* **Regulação do saneamento básico**. Barueri/SP: Ed. Manole, 2013, p. 136-140.)

³⁰³ *Ibid.*, p. 140-154. Ainda para Frederico Turolla e Bruno Carrara de Melo, “A regulação pelo preço dissocia a tarifa dos custos e visa a incentivar a eficiência operacional. Como os preços não acompanham os custos de determinado prestador, o lucro pode ser maior se houver aumento de produtividade. Assim, a rentabilidade deixa de depender apenas dos investimentos em capital e pode advir também de redução de custos. [...] A regulação por incentivos adota uma abordagem menos intervencionista por meio do uso de recompensas e penalidades, que induzem o prestador a atingir objetivos desejáveis, com maior liberdade de atuação (Lewis e Garmon *apud* Berg, 2000). Os incentivos substituem a tradicional forma de regulação por comando e controle. Em vez da determinação unilateral dos objetivos por parte do regulador, o prestador pode ser consultado e fornecer relevantes informações acerca das complexas interdependências que afetam seu desempenho. O regulador não prescreve ações específicas e permite que o prestador decida, utilizando informações internas, como promover a melhoria de desempenho (BERG, 2000)”.

³⁰⁴ Cf. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Editora Quartier Latin, p. 99 e seguintes.

forte presença na reforma do Estado, introduzida na década de 90, via introdução do modelo de agências reguladoras. Não por outro motivo, inclusive, adaptou-se a ideia de concessão francesa para incorporar alterações tarifárias periódicas, alegando-se que tarifa das concessões detinha natureza regulamentar, que permite a revisão dos seus parâmetros de custo e premissas econômicas. As concessões no Brasil podem ser delegadas à iniciativa privada com equilíbrio econômico-financeiro dinâmico, permitindo que o regulador reavaliasse condições das tarifas.

Hoje, por conta da política tarifária prescrita na LNSB, exige-se o modelo de regulação que considere a eficiência do prestador. As entidades de regulação devem buscar implementar regulação econômica que fomente a busca por eficiência operacional, motivo pelo qual privilegia-se uma regulação de preço teto como uma das formas mais acertadas da regulação por incentivos³⁰⁵.

Pode-se afirmar então que o Brasil intuitivamente acabou por incorporar e adequar parte de ambas as teorias de regulação, discricionária e contratual, seja sob a ótica econômica, seja sob a ótica jurídica. Exemplo disso é a reforma do Estado na década de 90 e a desestatização dos serviços de gás canalizado e energia elétrica³⁰⁶. Nestes casos se outorgaram concessões precedidas de licitação que adotaram um modelo que permite a revisão periódica de custos e investimentos. E isso sem descumprir com as regras contratuais.

Não nos parece que deveria haver debate envolvendo uma disputa de qual modelo, se institucional ou contratual, está mais acertado do que o outro para regular os serviços públicos. O debate correto seria mais em que medida um ou outro modelo pode/deve convergir na regulação de um serviço público específico. E mais que isso: se de fato haveria elementos para afastar o uso de um modelo em detrimento do outro dependendo da situação concreta de capacidade institucional do regulador.

6.3 Das modalidades de regulação no saneamento básico

³⁰⁵ Outras formas envolveria a regulação pela receita teto (*revenue cap*), tal qual desenvolvida nas concessões de transmissão de energia elétrica, ou então a chamada regulação “*yardstick*”, que envolve a comparação de agentes econômicos para identificar preços idealmente competitivos.

³⁰⁶ Existem diversos textos de autores tratando das reformas regulatórias da década de 90, cita-se, por exemplo, SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 17-38.

Seria praticamente impossível pensar em uma regulação econômica completamente uniforme para o Brasil considerando as titularidades locais e regionais, as falhas de mercado, assim como da pluralidade de institutos jurídicos voltados para organizar a prestação material dos serviços de saneamento, refletindo o histórico institucional do setor.

Acompanhando outros setores de infraestrutura, as atividades de saneamento básico detêm atualmente duas modalidades de regulação, uma com maior preponderância contratual, que busca manter condições fixadas nas propostas de licitação, enquanto a outra, com maior preponderância dicionária, que é realizada por entidade de regulação para reavaliar as premissas das tarifas praticadas de tempos em tempos. Ilustra-se abaixo tais modalidades.

Semelhante aos contratos de concessão de rodovias e aeroportos, há instrumentos de delegação seguindo modalidade de regulação preponderante contratual, segundo a qual as premissas da licitação serão mantidas inalteradas durante toda a vigência contratual, ainda que haja alterações unilaterais de escopo contratual. O foco é a observância de regras contratuais para manter os valores propostos quando do certame pela delegação do serviço. Utiliza-se normalmente as informações econômicas colhidas à época dos certames para reequilibrar o contrato de forma a manter aquilo que foi fixado na proposta dos licitantes. O equilíbrio contratual é fixo, isto é, considera os custos de capital e taxa de retorno previstos nas propostas licitatórias. Normalmente esta modalidade de regulação é observada em concessões delegadas aos particulares no saneamento básico.

Como exemplo deste tipo de modalidade de regulação no setor de saneamento básico cita-se o contrato de concessão para delegação dos serviços de esgotamento sanitário celebrado em fevereiro de 2010, entre a Foz de Blumenau S.A. e o Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto do Município de Blumenau, no Estado de Santa Catarina. Neste contrato, o clausulado de revisão ordinária deixa claro que a sua utilidade busca a “*manutenção da taxa interna de retorno do Contrato, com base no fluxo de caixa da Proposta Comercial*”. Pelo instrumento contratual, o compartilhamento de eficiência é exclusivamente pautado pela realização de investimentos em montantes inferiores ao originalmente previsto na Proposta Comercial, desde que observada a prestação adequada dos serviços. Não há revisão de custos ou premissas da proposta do concessionário. Ou seja, em que pese existir uma revisão tarifária periódica, esta serve apenas para manter o contrato aderente ao estimado pelo licitante vencedor quando do certame para

adjudicação dos serviços. A revisão funciona para preservar as exatas condições originais da proposta, e não para reavaliar custos e remodelar tarifas.

De outra banda, parecido com os contratos de concessão de distribuição de gás canalizado e de distribuição de energia elétrica, existem instrumentos de delegação nos quais o equilíbrio entre encargos e remuneração é mais flexível. Neste tipo de instrumento os processos de revisão ordinária acabam por avaliar os custos envolvidos na prestação do serviço público, como o impacto advindo do pagamento de outorga (se houver), assim como o nível de investimentos exigidos e realizados no ciclo tarifário, as despesas operacionais contabilizadas, os encargos legais incidentes sobre a atividade da delegatária, e os custos provenientes da adoção de benefícios tarifários (p.ex. dos subsídios para população de baixa renda). Se trata de uma modalidade com maior custo regulatório, visto que exige maiores estudos das entidades de regulação para comparar os insumos da prestação dos serviços e reposicionar seus custos de maneira eficiente. Normalmente esta modalidade de regulação é observada em contratos de programa delegados às CESBs no saneamento básico.

Como exemplo deste tipo modalidade de regulação cita-se o contrato de programa celebrado em dezembro de 2018, entre a Sabesp e o Município de Aguaí, dentro do Estado de São Paulo. De acordo com este instrumento³⁰⁷, a tarifa do contrato não precisará ser fixa e pontualmente ajustada se houver evento de desequilíbrio diante daquilo que originalmente foi estipulado pelas partes. A tarifa poderá ser utilizada como ferramenta para reequilibrar o contrato na hipótese de advento de evento desequilibrante. Mas não só. A tarifa aqui comporta um equilíbrio econômico-financeiro dinâmico, o qual é operacionalizado mediante a revisão ordinária dos seus custos, a qual deve ocorrer a cada quatro anos, para manter a sustentabilidade econômico-financeira da avença enquanto também beneficia a modicidade tarifária. O referido contrato estabelece os custos a serem suportados pela tarifa, com competência à agência reguladora para definir, por exemplo, o custo médio ponderado do capital que será utilizado para remunerar a delegatária para aquele ciclo tarifário.

³⁰⁷ Cf. Cláusula 28: “A estrutura tarifária e as tarifas estabelecidas deverão permitir tanto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com a SABESP para a prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no município em regime de prestação regionalizada, bem como garantir a modicidade tarifária. Parágrafo Único. As tarifas e os preços dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário deverão ser suficientes para garantir a universalização do acesso aos serviços, especialmente para populações e localidades de baixa renda, para as quais haverá tarifa diferenciada.”

A LNSB parece permitir que a entidade reguladora navegue entre as duas modalidades de regulação, por exemplo, utilizando a comparação do desempenho de diferentes prestadores de serviços para o estabelecimento de metas, indicadores e métodos de monitoramento (*cf.* § 4º do art. 23), com adoção das revisões periódicas para reavaliar as condições de mercado (*cf. in fine* do inc. I do art. 38), ao passo que também é exigido o atendimento de metas e regras contratuais (*vide* § 2º do art. 25). Assim, a LNSB encampa a possibilidade de se adotar modalidades regulatórias por contrato e por agência.

Apesar dos exemplos acima, é fato que não há obrigação legal de se adotar um modelo ou o outro de regulação, havendo, em verdade, intersecção entre os modelos em diversas ocasiões. Parece possível, por exemplo, que em um contrato que adote o modelo de regulação por taxa de retorno da proposta comercial e, portanto, de maior preponderância contratual, possa dar azo a acordo consensual entre as partes para permitir discricionariedade do regulador na recomposição de encargos contratuais, dentre eles a reavaliação da própria tarifa com comparação junto de outros agentes econômicos.

Também parece possível que a modalidade de regulação preponderantemente discricionária deixe de ser algo quase que exclusivo das CESBs e seus contratos de programa, passando a funcionar nos instrumentos de delegação dos serviços de água e esgoto à iniciativa privada. Afinal, este modelo guiou a privatização na década de 90 das distribuidoras de energia elétrica e gás canalizado, sendo assimilado pelos investidores privados como pedra fundamental do regime de agências reguladoras.

Acontece que aparentemente as concessionárias privadas rejeitam o modelo de regulação preponderantemente discricionária para modelagem de novas concessões no saneamento básico. Abaixo transcrevemos conclusões de estudo preparado pela ABCON³⁰⁸, indicando o desconforto das concessionárias privadas em permitir o alargamento de modelos de regulação de preço preponderantemente discricionários:

Na sessão sobre Modelos Regulatórios, são abordados aspectos conceituais da regulação econômica dos serviços de saneamento, tendo como referência os modelos inglês (discricionário) e francês (contratual). A principal especificidade brasileira em relação a tais modelos é o peso desproporcionalmente elevado do risco regulatório, oriundo, em grande parte, do caráter local do exercício da regulação dos serviços e da falta de segurança, quanto à designação e à capacidade institucional do regulador de cada contrato. Dessa forma, a mitigação

³⁰⁸ ABCON. **Regras padronizadas sobre distribuição de riscos, equilíbrio econômico-financeiro e modelos regulatórios**. Sumário Executivo. 2020.

do risco regulatório é um direcionador importante das soluções escolhidas para a regulação de cada contrato, nos limites dos condicionantes legais da Lei nº 11.445/2007.

Propõe-se a escolha de um modelo híbrido, que considera tanto as determinações do marco legal regulatório do setor quanto os desafios da frágil institucionalidade de alguns ambientes subnacionais. Nesse modelo, o escopo da atividade regulatória seria contido pelo contrato definindo-se contratualmente quais são os limites aplicáveis. Alertamos que, diferentemente dos contratos de programa, que não são submetidos a competição *ex ante*, o compartilhamento de ganhos de produtividade pela metodologia do Fator X pode causar grandes distorções quando a proposta vencedora, que já prevê deduções de ganhos de produtividade tiver sido escolhida por licitação pública. Adicionalmente, é importante notar que (i) as agências reguladoras locais geralmente não estão institucionalmente capacitadas para operar os sofisticados modelos de benchmarking, carecendo, em regra, de recursos especializados e/ou de orçamento, bem como que (ii) esses modelos exigiriam uma qualidade de base de dados que, atualmente, não se encontra – particularmente por ser o SINIS uma base não auditada.

Em outra passagem do mesmo estudo da ABCON, reafirma-se pelo uso das propostas comerciais como parâmetro para manutenção da equação econômico-financeira dos contratos de delegação, *in verbis*:

A metodologia para representação, mensuração e recomposição dos impactos do evento de desequilíbrio sobre a equação econômico-financeira parte da definição de que o fluxo de caixa constante do Plano de Negócios da Concessionária (FCPN) é o documento que originalmente representa a equação econômico-financeira contratual. O FCPN é vinculante para todos os casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, com exceção dos desequilíbrios causados pela inclusão de novo investimento ou serviço no objeto da concessão, avaliados por Fluxo de Caixa Marginal (FCM). No caso de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pelo FCM, recomenda-se a lógica da utilização da curva de juros de longo prazo, com base na NTN-B acrescida de um prêmio definido no processo de estruturação, como um referencial que revisita de forma adequada as condições de mercado para o financiamento de novos investimentos.

Como se observa dos trechos transcritos, a ideia da associação de concessionárias particulares é manter premissas ofertadas na licitação ao longo de toda a execução contratual, protegendo suas condições por meio de regras contratuais. O estudo indica a preferência privada pela regulação preponderantemente contratual, em virtude do receio de incapacidade institucional do regulador que se encontra pulverizado no saneamento

básico. É dizer, adota-se crítica comumente praticada à regulação discricionária para afastá-la no contexto regulatório do saneamento básico³⁰⁹.

É claro que todos os argumentos e exemplos de outros serviços públicos que se valem da regulação discricionária não detém o condão de afastar os desafios da competência local dos serviços de saneamento básico, que, na crítica da ABCON, geraria, em regra, potencial incapacidade institucional dos reguladores para aplicar custosos modelos de comparação de custos via regulação discricionária.

Mas, sob a perspectiva jurídica, não parece existir qualquer óbice de se adotar este ou aquele modelo regulatório para o saneamento básico, ainda que haja, nos serviços de água e esgoto, um potencial pluralidade de entidades reguladoras.

A aplicação discricionária e por incentivos também parece, por exemplo, poder fazer uso de regras de fator X, com compartilhamento de ganhos de eficiência. Ao saber da regra de compartilhamento, os interessados não precisam precificar ganhos de eficiência em suas propostas para cerca de trinta anos de concessão. E, como resultado, afastam o risco de deduções duplas dos ganhos operacionais na operação. Contrariamente ao alegado pelo estudo da associação, poder-se-ia até mesmo argumentar que este modelo auxilia a reduzir o risco de seleção adversa dos interessados, pois lhes permitiria deixar de fazer previsões de eficiência para longos períodos de contrato. As revisões periódicas se ocupariam de apurar as efetivas ocorrências de eficiência na operação dos serviços.

Também não parece decisivo o argumento de que inexistiriam informações de *benchmark* confiáveis no setor por conta da base de dados não auditada do SNIS. E isso por alguns motivos. Primeiro porque a LNSB detém diversos dispositivos dispondo da fiscalização da prestação dos serviços (vide *caput* do art. 25), visado assegurar informações de qualidade aos reguladores. Segundo porque as entidades de regulação podem colaborar entre si para obter informações de diferentes prestadores, muitas das quais já são públicas em função dos arts. 26 e 27 da LNSB. Terceiro porque o Novo Marco buscou positivar a instituição de novo sistema de dados sobre os serviços de água e esgoto, a ser coordenado pelo CISB para superar as deficiências do SINS.

³⁰⁹ Nesse sentido, cumpre trazer trecho das lições de Gabriela Miniussi Engler Pinto Portugal Ribeiro ao tratar da regulação discricionária para definição da taxa de desconto em processos de reequilíbrio contratual: “Em outras palavras, o modelo de definição da taxa de desconto tem pressupostos teóricos consistentes, mas, na prática, a discricionariedade acaba por gerar mais insegurança e incerteza do que confiabilidade” (In: Novos Investimentos em Contratos de Parceria. São Paulo: Ed. Almedina, 2021, p. 114).

Logo, a ausência de informações tampouco parece servir de argumento hábil para afastar o modelo de regulação discricionária.

É óbvio que se pode argumentar pela segurança jurídica de direitos dos concessionários como vetor para se adotar a regulação contratual, que privilegia previsibilidade nas relações concessórias. Contudo, isso nem sempre é absoluto, pois, por exemplo, sempre haverá a possibilidade de as partes acordarem consensualmente para reajustar o contrato com outras bases, valendo-se da discricionariedade dos agentes envolvidos, dentre eles da entidade reguladora.

A conclusão desta análise considera então que ambas as modalidades de regulação podem ser utilizadas pelo saneamento básico. A LNSB não escolhe uma modalidade em detrimento da outra. E enquanto a visão jurídica permite controles formais da atuação regulatória, a leitura econômica confere norte para revisão periódica das tarifas. Este parece ser o entendimento adequado para o assunto.

As críticas lançadas pelas concessionárias de saneamento básico parecem refletir preferências circunstanciais que não necessariamente deveriam guiar a opção de um ou outro modelo. É preciso observar a capacidade efetiva de cada entidade de regulação, para investigar a viabilidade de lhe atribuir competências discricionárias de revisão das tarifas.

Aliás, falar que um modelo necessariamente traz maior segurança ao delegatário que o outro não parece verdade absoluta. Pode haver situações em que o modelo discricionário favoreça mais o delegatário que o modelo contratual. Nunca é demais lembrar que este modelo nasce de origem norte-americana, exatamente buscando fomentar atividade empresarial.

6.4 Do potencial acirramento de discussões das modalidades de regulação em função do tratamento das CESBs pelo Novo Marco

Dentre as ferramentas jurídicas para atrair capital privado ao setor, a reforma da LNSB buscou pôr fim ao término da falta de competição pelos serviços de saneamento básico em decorrência das contratações diretas, via contratos de programa, das CESBs.

A abordagem presente no Novo Marco veda a celebração de novos contratos de programa, exigindo-se que os serviços de saneamento sejam sempre trespassados a

terceiros alheios à esfera do titular dos serviços por meio de contratos de concessão, devidamente precedidos de licitação por força do *caput* do art. 175 da Constituição Federal³¹⁰.

Esta previsão legal permite rediscutir o uso dos modelos de regulação, já que detém o condão de terminar com a regulação preponderantemente discricionária comumente adotada para os contratos de delegação celebrados com as CESBs. Entender este efeito indireto do Novo Marco em maiores detalhes passa por compreender o tratamento dispendido pela nova legislação para os contratos atualmente em posse das estatais.

E o primeiro passo é entender a sua constitucionalidade tal qual validada pelo STF em sessão plenária do final de 2021. Na ocasião, a maioria dos Ministros entendeu inexistir inconstitucionalidade na vedação de se realizarem novos contratos de programa no saneamento básico, visto que haveria competência comum para estes serviços, cabendo a União traçar estratégias para universalizar os serviços, podendo, conseqüentemente, limitar a abrangência das formas de gestão associada dos serviços públicos. Isto é, a União não extinguiu a possibilidade de se organizarem os serviços de água e esgoto pela gestão associada, ainda sendo possível que diferentes municípios se unam para criar, por exemplo, autarquias interfederativa para prestar os serviços diretamente.

O passo seguinte seria endereçar a pergunta sobre como ficarão os contratos de programa vigentes. Todos seriam extintos?

A resposta imediata é: não. Apesar da regra licitatória, o art. 17 do Novo Marco estabelece que “*Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação*

³¹⁰ Cf. redação dada ao art. 10 da LNSB pelo Novo Marco, *in verbis*: “Art. 10 - A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária”. Também cumpre lembrar que o Novo Marco alterou a Lei nº 11.107, de 2005, para incluir o § 8º no artigo 13, dispondo a seguinte redação: “Art. 13 - Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos [...] § 8º Os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim”. E isso sem mencionar que o artigo 1º do Novo Marco expressamente declara que a legislação busca “vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal”, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País”.

dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual”.

Esta regra geral dá a entender que todo e qualquer contrato deverá ser necessariamente respeitado após a promulgação do Novo Marco, independentemente das suas condições jurídicas, assim como do seu potencial de alcançar as metas de universalização e qualidade dos serviços públicos de saneamento, que foram reforçadas pela legislação.

Contudo, leitura sistemática da legislação indica que essa interpretação seria apressada. Isso porque o § 3º do art. 10 da LNSB, sob redação do Novo Marco, dá o tom de que a legislação setorial tão somente autorizou a manutenção dos contratos de programa em vigor que fossem considerados como regulares. E os contratos regulares seriam entendidos como sendo “*aqueles que atendem aos dispositivos legais pertinentes à prestação de serviços públicos de saneamento básico*” (art. 3º, inciso IX)³¹¹. Então, será preciso que os contratos vigentes incorporem as metas de universalização, passando pelos requisitos do já citado Decreto nº 10.710, de 2021, para além de incorporarem uma série de cláusulas que se tornaram essenciais para este tipo de avença, observados os termos do art. 10-A do Novo Marco.

Os contratos vigentes e regulares que lograrem êxito em se ajustar as metas de universalização seguem até o advento do seu termo contratual, mantendo sua regulação discricionária. Contrário senso, contratos irregulares, entendidos como aqueles que não atendem ao disposto pela legislação, estariam sujeitos à rescisão pelos titulares dos serviços, podendo abrir a discussão de modelo regulatório para novas concessões.

Convém observar, adicionalmente, que haverá de se encontrar contratos válidos, pois celebrados em observância ao exigido pela legislação competente³¹², mas cujos termos e condições não mais se coadunam com as exigências regulatórias do saneamento, haja vista as novidades do Novo Marco. Para estes casos, os titulares poderiam rescindir os contratos, aplicando ao término contratual, *mutatis mutandis*, as regras dos §§ 3º, 4º e 5º do art. 42 da Lei nº 8.987, de 1995, que tratam dos pagamentos de indenização das concessões tidas como precárias, aplicando-se, adicionalmente, as regras de indenização

³¹¹ Cabe trazer também que a LNSB definiu operação regular como sendo: “aquela que observa integralmente as disposições constitucionais, legais e contratuais relativas ao exercício da titularidade e à contratação, prestação e regulação dos serviços”. (art. 3º, inciso XIII)

³¹² Vide art. 11 da LNSB, e o art. 13 da Lei nº 11.107/2005.

da LNSB, principalmente as regras de pagamento de indenização do § 5º do art. 42, conforme alteração do Novo Marco³¹³.

Por outro lado, nos termos do § 8º do art. 11-B, os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos na LNSB serão considerados irregulares e precários.

Aqui há outras situações jurídicas que a legislação também denomina de “irregular”, mas cujas consequências jurídicas parecem ser distintas. A princípio, haveria contratos inválidos, ou seja, instrumentos contratuais que não teriam atendido às condições legais de validade para sua formalização na origem, quando celebrados/prorrogados para além de situações nas quais os contratos sequer foram formalizados³¹⁴. E, para estes casos, embora possam existir discussões em face da redação do § 5º do art. 42 da LNSB, as regras de indenização, ao término da relação contratual, parecem ser ligeiramente diferentes, com proteção dos prestadores focada no princípio geral do direito de vedação ao enriquecimento sem causa (plasmado no art. 884 do Código Civil³¹⁵), mas sem maiores garantias pelo Poder Público quando comparadas com situações contratuais tidas como “válidas”, mas que se tornaram “irregulares”³¹⁶.

³¹³ Fernando Vernalha parece reforçar o entendimento descrito, problematizando suas consequências. Veja-se: “[...] evidente que os novos encargos que serão assumidos pelos prestadores para a implementação destas metas acarretam um desequilíbrio nos contratos vigentes.[...] Sem o reequilíbrio, a adaptação do contrato não seria juridicamente viável. A provável alternativa seria o encerramento do vínculo. Mas como se trata de uma hipótese de extinção do contrato motivada por fato alheio à responsabilidade do prestador (lembre-se que o reequilíbrio contratual é de responsabilidade do titular), este teria direito à ampla e prévia indenização. Ou seja: para que o contrato de programa seja encerrado e os bens transferidos ao município, este será obrigado a indenizar a companhia estadual pelos investimentos feitos até aqui e não integralmente amortizados, e, ainda, por outros prejuízos suportados. Como me parece difícil imaginar que os municípios disponham de recursos para isso, pela mesma razão pela qual não dispõem de recursos para custear o reequilíbrio contratual, haverá um impasse. Sem que o município possa apropriar-se e apossar-se dos bens da operação, em virtude da ausência de indenização, o contrato não poderia ser encerrado (a operação não poderia ser transferida ao município ou a um novo operador). O resultado prático seria a continuidade da operação dos serviços pelos atuais prestadores, mas sem o atendimento das novas metas de universalização. Trata-se de solução avessa àquela desejada pela lei.” (Cf. Nova regulamentação do saneamento básico ameaça a universalização do serviço. Disponível em: <https://jovempan.com.br/opiniao-jovempan/comentaristas/fernando-vernalha/nova-regulamentacao-do-saneamento-basico-ameaca-a-universalizacao-do-servico.html>. Acesso em: 08 ago. 2021.

³¹⁴ Não se aprofundará a análise nas diversas distinções envolvendo a invalidade dos contratos, p. ex. contratos nulos, anuláveis ou inexistentes, tampouco nas possibilidades de convalidação (ou não) das invalidades dos referidos contratos. Entende-se que tais circunstâncias, para além de estudo aparte sobre o tema, devem ser avaliadas em cada caso concreto.

³¹⁵ Art. 884 - Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo Único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

³¹⁶ Somente para fins argumentativos: tendo como base de que os contratos de programa detêm regime de Direito Administrativo e contemplam características contratuais, poder-se-ia pensar em aplicar a lógica do

Por cuidar dos casos de indenização ao final dos contratos de delegação, a regulação econômica deverá estar atenta para esta diferenciação, afastando controvérsias que desvirtuem os objetivos de captação de recursos da política pública fixada pelo Novo Marco.

No mais, a saída que o Novo Marco propôs ao tema do término destes contratos de programa foi a privatização das CESBs, com o ajuste e manutenção dos seus contratos para gerar viabilidade nos processos de alienação de controle acionário das estatais.

Antes do Novo Marco havia risco jurídico que impedia a privatização destas companhias com a manutenção dos seus contratos de programa, retirando valor dos processos de venda.

Não por outra razão, levantamento de informações do setor demonstrou que somente foram privatizadas duas CESBs no cenário pós-1988. Uma foi a alienação da Manaus Saneamento, subsidiária integral da Cosama – Companhia de Saneamento do Amazonas, vendida ao grupo francês *Lyonnaise des Eaux* em 2000, e atualmente controlada pelo Grupo AEGEA³¹⁷. A outra envolveu a Saneatins – Companhia Estadual do Tocantins, cujo controle acionário foi paulatinamente transferido ao grupo Odebrecht Ambiental, atualmente sucedido pela BRK Ambiental, parte das operações nacionais do fundo canadense Brookfield³¹⁸.

É verdade que há autores que defendiam ser possível privatizar as CESBs sem que houvesse perda dos seus contratos³¹⁹. Segundo este entendimento, os contratos de

art. 59 da Lei nº 8.666, de 1993, segundo a qual “Art. 59 - A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo Único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”. Este ponto certamente merecerá análise mais detalhada em outros estudos, lembrando que a nova legislação de contratações públicas, a Lei nº 14.133, de 2021, traz regramento diferente e inovador sobre a questão de nulidades em contratos administrativos, devendo introduzir reflexões quase que disruptivas para gestão desta modalidade de contratação, observando-se seus art. 147 e seguintes.

³¹⁷ Informações sobre a privatização da Manaus Saneamento estão disponíveis nos registros das privatizações estaduais do período de 1996 até 2002, publicados pelo BNDES no seguinte endereço eletrônico: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-encerrados/Privatizacao-Estaduais>. Acesso em: 09 ago. 2021.

³¹⁸ Estudo completo sobre a privatização paulatina da Saneatins foi desenvolvido por Raquel Soares, Irene Altafin, Maria Teresa Duclos e Samuel Arthur Dias, com apoio do CERI/FGV. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/privatizacao-de-companhia-estadual-de-saneamento-experiencia-unica-do-tocantins-liceos>. Acesso em: 09 ago. 2021.

³¹⁹ Ver, por exemplo, TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. Considerações sobre a possibilidade de transmutação do contrato de programa em contrato de concessão quando da realização de leilão de ações

programa de fato seriam perdidos, mas haveria sua conversão em contratos de concessão, os quais legitimamente regulariam a prestação dos serviços. Para estes autores, a exigência de licitação estaria suprida pelo certame realizado pelo controlador estatal para venda da participação acionária.

Não obstante, é fato que não foram promovidas privatizações de CESBs após a promulgação da regra do art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005. Parece que os investidores simplesmente não desejaram assumir o risco de questionamento da manutenção dos contratos de operação (sejam eles transformados em concessão ou não). E, sem os contratos de operação de saneamento, as estatais perdiam o seu valor de mercado, deixando de ser interessante para os investidores.

O Novo Marco mudou este panorama, introduzindo a possibilidade de que se privatizem as CESBs sem que necessariamente haja o término dos seus contratos de programa. Para tanto, revogou-se o dispositivo da Lei nº 11.107, de 2005, bem como expressamente autorizou-se a transformação dos contratos de programa em acordos de concessão quando da alienação de controle acionário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora dos serviços de saneamento básico³²⁰.

Não se encontra prevista na legislação uma opção por modelo regulatório nos casos de privatização, ficando a dúvida se os contratos advindos das CESBs privatizadas seguirão a regulação discricionária ou se, alternativamente, serão revisados para adotar a regulação preponderantemente contratual.

Como resultado, existe uma miríade de situações dos contratos de programa, com situações de fato, envolvendo prestação precária dos serviços de saneamento básico, cujo impacto precisará ser analisado pelos titulares e entidades reguladoras³²¹. E isso sem considerar as demais discussões envolvendo os contratos de programa regulares em vigor,

de sociedade de economia mista. *In*: LUNA, Guilherme Gomes (org). **Saneamento Básico**: temas fundamentais, propostas e desafios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017, p. 233 e seguintes. Também sugere-se ver SUNDFELD, Carlos Ari. Viabilidade de conversão do contrato de programa em concessão quando da privatização da empresa prestadora. *In*: **Pareceres**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2013, DTR/2013/7080, p. 497-506.

³²⁰ As regras de privatização das companhias estaduais de saneamento básico estão detalhadas no art. 14 do Novo Marco.

³²¹ Neste particular, recomenda-se a leitura de estudo denominado “Análise dos contratos de programa”, desenvolvido por Joisa Dutra, Juliana Smiderle, Morganna Capodeferro e Pedro Cytryn, promovido pela CERI/FGV, que acusa 55% dos contratos firmados entre Companhias Estaduais de Saneamento Básico e municípios na região Sudeste carecem de metas bem definidas. Maiores informações estão disponíveis em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/research-teaser-55-dos-contratos-firmados-entre-companhias-estaduais-de-saneamento>. Acesso em: 09 ago. 2021.

ou mesmo as revisões contratuais que poderão ser realizados para operacionalizar a privatização das CESBs.

A regulação econômica dos contratos das CESBs poderá se manter discricionária, repassando blocos de contratos das estatais para investidores privados. O equilíbrio econômico-financeiro poderá ser dinâmico, permitindo que as entidades de regulação reavaliem os custos para operação dos serviços.

Ou, de outra banda, poder-se-á renovar os contratos de forma a eliminar a preponderância da regulação discricionária, focando a equação econômico-financeira dos contratos nas propostas dos investidores privados, tal qual fornecidas nos respectivos processos de privatização ou de concessão. Os contratos de concessão deixariam de adotar equilíbrio dinâmico, focando na preservação das condições econômicas das propostas.

Uma terceira alternativa seria mesclar ambas as modalidades de regulação, conferindo direitos contratuais enquanto também se permitira a revisão discricionária de escopo limitado das premissas econômico-financeiras dos contratos.

A simples troca para regulação preponderantemente contratual acabaria por encampar a tese das concessionárias associadas à ABCON, embora pareça desacreditar outra inovação do Novo Marco, ligada ao aprimoramento das praticadas regulatórias do setor, fomentada pela atuação referencial da ANA. Como visto anteriormente, a competência atribuída à ANA buscará aperfeiçoar o trabalho regulatório das entidades de reguladoras locais, podendo suprir as dificuldades que eventualmente se encontrem na execução da regulação discricionária. Isto é, a política pública federal em curso aprimoraria as entidades locais, afastando riscos de baixa qualidade regulatória, ao passo que também poderá congrega práticas e informações setoriais para permitir comparações adequadas de custos de diferentes operadores. Aqui então haveria outro argumento para afastar a preocupação das concessionárias privadas.

Argumentos de lado, reitera-se que a questão de se utilizar a regulação preponderantemente contratual ou preponderantemente discricionária depende de opção da política regulatória, feita pelo regulador ou pelo titular quando da fixação da política pública de saneamento local. E esta opção deverá estar devidamente motivada, considerando as situações *de facto* da regulação de determinados serviços, o que invariavelmente passa por avaliar os pontos aqui descritos.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou sistematizar o regime jurídico da regulação econômica no setor de água e esgotamento sanitário, sobretudo considerado as inovações legislativas advindas do Novo Marco, sejam elas diretas ou indiretas. Aqui descreveremos as principais conclusões apresentadas ao longo da dissertação.

Iniciou-se detalhando o conceito dos serviços de saneamento básico, com a caracterização do oferecimento de suas utilidades e comodidades como serviços públicos, já que para além da legislação assim o qualificar, os serviços de água e esgoto detêm inegável reconhecimento de importância histórica e essencialidade na vida humana.

Como resultado desta qualificação, afasta-se da análise deste trabalho, por exemplo, situações de uso particular de tecnologias de tratamento ou lançamento de efluentes, as quais são tidas pela LNSB como atividades privadas, tão somente sujeitas a fiscalização e poder de polícia estatal.

Compreendido o conceito dos serviços e a incidência do regime jurídico de direito público, procedeu-se com breve descrição da noção de competências sobre a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico.

Foram analisados os dispositivos constitucionais para esclarecer que a titularidade dos serviços de água e esgoto é, em regra, de competência municipal, podendo ser operacionalizada de forma compartilhada quando da instituição de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, ou então quando os titulares organizarem gestão associada de serviços públicos (inclusive mediante unidade regional de saneamento básico ou bloco de referência).

Também buscou-se deixar claro que os municípios não são os únicos com competência sobre os serviços de saneamento. Cabe a todos os entes federados a competência comum para tratar destes serviços, haja vista a intrínseca relação do saneamento junto de questões de meio ambiente, saúde pública e política urbana. E é neste contexto que a União recebeu competências para dispor de diretrizes aos serviços de água e esgoto, podendo os estados federados apoiar os municípios em nível regional.

O saneamento básico, conseqüentemente, é tarefa de todos os entes federados, ainda que cada qual colabore para sua prestação adequada dentro de suas competências e potencialidades.

O Novo Marco buscou sanar as controvérsias decorrentes do tratamento difuso de competências do saneamento básico. Contudo, as previsões do seu art. 8º, se não interpretadas com cautela, poderão gerar maiores debates, por exemplo, considerando eventual avocação de parte da titularidade dos municípios quando da prestação regionalizada, ou mesmo que as soluções de consórcios públicos tão somente devam adotar formas de arranjos municipais. Entende-se que ambos os entendimentos são apressados e equivocados, pois nem os estados federados poderão ganhar competência por meio de lei ordinária da União, nem bem o Novo Marco teria limitado a competência constitucional de gestão associada para unicamente viabilizar consórcios municipais.

Ato subsequente, foi apresentada noção de política pública e sua relação com a regulação do saneamento básico, especificamente para firmar a premissa de que a regulação deve deferência à política pública, a qual, por seu turno, é positivada pelo parlamento no ordenamento jurídico nacional. É dizer, a regulação é uma das ferramentas da política pública do saneamento básico, a qual encontra diretrizes na LNSB, mas cujo detalhamento deve ser fixado por cada titular. À regulação não seria permitido atuar na contramão da política pública prevista em lei, devendo, por exemplo, primar pelo comando normativo da universalização dos serviços, assim como pelas demais definições prescritas pelos titulares dos serviços envolvendo a prestação adequada dos seus respectivos serviços públicos.

De forma semelhante, também foi apresentada noção da atividade de planejamento dos serviços públicos de saneamento básico, distinguindo-o da formulação da política em si, bem como da regulação dos serviços. O planejamento dá concretude à política pública, mediante ações do Poder Executivo. E, no saneamento, o planejamento é tido como condição de validade dos contratos de delegação dos serviços, devendo ser utilizado pelos entes reguladores para interpretar as avenças delegatórias e operacionalizar a regulação adequada do oferecimento das respectivas comodidades e utilidades.

Falando nas avenças delegatórias dos serviços de água e esgoto, a legislação permite várias formatações jurídicas para organizar material o oferecimento do saneamento básico. Analisou-se a desconcentração e a descentralização administrativa, assim como a gestão associada de serviços públicos. E demonstrou-se existir uma ampla gama de institutos jurídicos à disposição dos titulares dos serviços, seja para viabilizar a prestação direta dos referidos serviços mediante órgãos ou entidades da administração

pública do titular, seja para delegar a prestação material dos serviços para investidores privados, mediante acordos de concessão, PPP ou subdelegação, seja, ainda, para delegar a prestação material dos serviços mediante gestão associada de serviços públicos, sobretudo com o uso de contratos de programa e convênios de cooperação. Os contratos de programa, contudo, teriam sido proibidos pelo Novo Marco de serem celebrados no âmbito dos serviços de saneamento básico.

A regulação econômica se ocuparia de cada um destes institutos, precisando se atentar para suas particularidades jurídicas, o que inclui os desdobramentos regulatórios advindos, por exemplo, das definições inerentes para estruturação das políticas tarifárias.

Fixadas estas premissas iniciais, passa-se a discorrer da história recente do setor de saneamento básico, com enfoque na perspectiva regulatória.

Analisou-se que a política do PLANASA foi estruturada no final da década de 60, mediante indução pela União para que os municípios contratassem as CESBs por meio de acordos-convênios. Não havia regulação independente da prestação dos serviços, cujo modelo focava na determinação regulatória de preços pelos operadores, com uma regulação baseada nos custos incorridos na execução dos serviços, remunerando investimentos sem atenção mais acurada para com a eficiência operacional.

A política do PLANASA foi responsável por expandir a rede de abastecimento de águas, mas não logrou sucesso em ampliar o sistema nacional de esgotamento sanitário, tendo permitido, ademais, a perpetuação de acentuadas taxas de perda física d'água. Seus fundamentos financeiros ruíram em função da crise de crédito público no final dos anos 80, assim como pela subsequente reforma do Estado.

A mudança no paradigma da regulação no saneamento é fruto tardio da reforma do Estado na década de 90, com o advento da LNSB em 2007. O Estado passa de prestador direto de serviços públicos e controlador de atividades econômicas, para entidade que fomenta atuação privada, com controle e regulação de atividades sob titularidade estatal.

Por meio da LNSB alterou-se algumas das premissas da política do PLANASA. Por exemplo, introduziu-se a regulação independente dos serviços prestados por terceiros que não pertenciam a esfera administrativa do titular dos serviços – o que foi recentemente ampliado para os casos de prestação direta pelo Novo Marco. E se alterou a lógica da regulação, que deixou de privilegiar o retorno dos custos incorridos com

investimentos para passar a beneficiar os ganhos operacionais e a eficiência dos operadores.

Não obstante o advento da LNSB, esclareceu-se não ter sido revogada por completo a estrutura do PLANASA, haja vista a perpetuação de atuação das CESBs em cerca de 70% dos municípios brasileiros. Sob nova roupagem, as CESBs passaram a operar com base na gestão associada, lastreada pela Lei 11.107, de 2005, mediante a celebração de convênios de cooperação e contratos de programa, os quais eram celebrados sem qualquer licitação. A diferença é que as estatais agora deveriam regrar sua atuação em contratos que lhes assegurassem direitos ao passo que também lhes imporiam encargos e metas.

Acontece que a reforma trazida pela LNSB tampouco logrou êxito em universalizar os serviços de água e esgoto, tampouco solucionando os problemas de perdas físicas d'água ou mesmo da evolução de outros indicadores de qualidade do saneamento. Muitas estatais não ajustaram seus contratos, permanecendo com instrumentos precários para organizar a prestação dos serviços de água e esgoto.

A União então publicou o Novo Marco, em 2020, para superar estes desafios, fomentar investimentos privados e reforçar a segurança jurídica no campo do abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Sob a perspectiva da regulação econômica, quatro são os principais pilares do Novo Marco, cujos desdobramentos detém impacto direto ou indireto na política de preços fixada pelas entidades de regulação, a saber: (i) atribuição da competência à ANA para editar “normas de referência” que buscam uniformizar a regulação do setor, bem como aumentar a qualidade regulatória de normas econômicas e de eficiência dos prestadores; (ii) previsão de metas, em lei, para que os contratos de prestação material dos serviços alcancem a universalização de água e esgoto até 2033; (iii) vedação da celebração de novos contratos de programa, com a necessidade de se adequarem os contratos vigentes, assim como de se procederem licitações para contratar concessões sempre que se desejar delegar o saneamento para terceiros alheios da esfera do titular; e (iv) a instituição de política pública para fomento a regionalização da prestação material dos serviços de saneamento básico, fomentando a estruturação de políticas institucionais de subsídio cruzado, para expandir a transparência das tarifas cobradas junto dos usuários enquanto se permite robustecer a viabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços em municípios de baixa capacidade de financiamento.

Todos estes pontos impactam na regulação econômica, a qual não se confunde com a formulação da política pública do saneamento, nem mesmo com seu planejamento ou com a prestação material dos serviços. Para fins deste trabalho, apresentou-se uma noção da regulação preços, entendida como aquela regulação utilizada pelas entidades reguladoras do saneamento básico para definir os preços (tarifas ou taxas) praticados na prestação material dos serviços públicos.

Sob a perspectiva jurídica, a referida regulação econômica busca atender aos objetivos fixados pela LNSB, com o intuito de manter as condições econômico-financeiras das tarifas praticadas para assegurar a sustentabilidade da prestação adequada dos serviços ao mesmo tempo que objetiva promover a modicidade tarifária e fomentar a eficiência no oferecimento material de utilidades e comodidades aos usuários.

Estes três institutos jurídicos compõem aquilo que se entende pelo núcleo duro do regime jurídico da regulação econômica do saneamento: equilíbrio econômico-financeiro, modicidade tarifária e eficiência são utilizados pela legislação para instrumentalizar os objetivos regulatórios fixados pela LNSB.

E não se está falando do campo de simples atividade de polícia administrativa, com controle de atividade econômica. Para estes cabem as atividades privadas de água e esgoto, alheias à noção de serviços públicos. Também não se trata de regulamentação para simples e fiel execução de comando legal, mas sim da atuação de diferentes competências regulatórias para promover valores jurídicos da legislação setorial.

A regulação econômica detém ampla gama de competências, podendo estabelecer normas gerais e abstratas, fiscalizar, sancionar, dirimir conflitos etc. O exercício destas competências precisa ser exercido de forma alinhada com a noção teleológica da regulação do saneamento, sintetizada os objetivos que a LNSB prescreve à regulação de preços, com destaque para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, modicidade tarifária e eficiência.

Não é sem motivo então que se pontua como base que o poder normativo das entidades de regulação advém não só da competência regulamentadora da legislação, como também da competência técnica das agências e do vínculo de sujeição especial formado entre o prestador dos serviços públicos e o regulador. As entidades de regulação detêm os poderes necessários para fiscalizar, interpretar e direcionar a execução dos

instrumentos de delegação, de forma a permitir a implementação do planejamento local ao passo que também fomentam o desenvolvimento da política pública de água e esgoto.

O alcance dos objetivos regulatórios passa pela identificação da pluralidade de fatores cuja atenção é obrigatória aos reguladores do saneamento para atender ao regime jurídico positivado para a regulação de preços.

Faz-se mandatório conhecer do impacto de premissas da literatura econômica na prestação material dos serviços de saneamento básico, permitindo-se pensar adequadamente a estruturação e condução de cada opção regulatória. E, por esta razão, descrevem-se as chamadas falhas de mercado alocadas pela literatura jurídico-econômica aos serviços públicos de água e esgoto.

De largada, se esclarece a presença de externalidades como efeitos não mensuráveis gerados pela operação das redes de saneamento. São aqueles efeitos sentidos por pessoas que não participam da atividade econômica do saneamento, e que apresentam dificuldade de serem precificados nos preços fixados pela regulação econômica. É o exemplo das melhorias identificadas na área de saúde pública uma vez que determinada região passa a contar com altos índices de água e esgotamento. Outro exemplo envolve o impacto ambiental e de potencial turístico gerado pelo tratamento de águas e despoluição de cursos d'água.

Ato contínuo, alerta-se que no saneamento básico haveria o emprego dos chamados bens públicos, caracterizados sob a ótica econômica pela existência dos critérios de “não exclusividade” e “não rivalidade”. Esta falha de mercado implica na dificuldade de precificação dos valores cobrados pelos serviços de saneamento ora porque não se pode excluir indivíduos que se beneficiam dos serviços sem pagar por eles (v.g. hospitais ou bombeiros), ora porque não se pode fazer com que o consumo dos serviços por um único usuário limite o consumo dos demais (observado p.ex. o uso múltiplo dos recursos hídricos).

Fala-se, ainda, dos problemas advindos da assimetria de informação, oriundos tanto do risco moral, como também da seleção adversa. A primeira falha de mercado envolve dificuldade de o regulador conhecer as efetivas condições de prestação dos serviços para fixar tarifas adequadas, por vezes sendo prejudicado pelo operador que lhe ocultar informações. Já a segunda falha de mercado diz respeito a dificuldade de os interessados na prestação dos serviços apresentarem propostas exequíveis quando da

obtenção dos instrumentos de delegação, visto que a publicidade de dados e informações sobre a rede local de água e esgoto não costuma ser completa, até por conta do fato que parte relevante da infraestrutura se encontrar enterrada.

Outro ponto de atenção envolve o status de monopólio natural dos serviços de saneamento, refletindo falha de mercado segundo a qual a prestação dos serviços se dá exclusivamente por um único agente econômico, haja vista condições técnicas ou econômicas que inviabilizam a competição no mercado. E o saneamento detém forte presença de elementos econômicos que servem aos monopólios naturais, com custos fixos afundados, assim como ganhos de escala e escopo à medida que se expande a rede de abastecimento e coleta.

A caracterização do saneamento como monopólio natural gera barreira de entrada para competição livre competição. Como é tecnicamente ou economicamente inviável ter dois agentes econômicos operando os mesmos serviços na mesma localidade não se pode haver competição “no” mercado. A competição do saneamento se dá por excelência “pelo” mercado. Ou bem as CESBs abordavam os titulares para celebrar instrumentos de programa, ou bem os titulares, quando desejam repassar os serviços para terceiros, o fazem mediante delegação de concessão de serviços públicos. O resultado disso é que operadores públicos acabavam por competir com operadores privados, e todos competiam entre si pelo direito de prestar os serviços em determinadas praças de saneamento.

Sob a ótica econômica, o modelo licitação para se assegurar o direito de se explorar o ativo monopolístico tem como base a teoria de *franchise bidding*, a qual considera que a competição entre diferentes agentes se *ex ante*, no momento do certame licitatório, não sendo necessário maiores cuidados ao longo da exploração do ativo. É claro que a prática da licitação e exploração de ativos de infraestrutura já demonstrou não ser tão simples manter as condições competitivas, sobretudo quando se pensa no equilíbrio entre encargos e remuneração exigido pelo regime jurídico da regulação de preços ao longo de toda a execução contratual.

Os contratos no saneamento são de longo prazo e por essência de natureza incompleta, o que mitiga os efeitos competitivos gerados quando da época da licitação. Ademais, há forte atuação no mercado secundário, com ganhos de escala e escopo à nível nacional, e não somente em ambiente local ou regional. E, por fim, pode-se afirmar que o saneamento brasileiro detém uma esfera de competição adicional, envolvendo o instituto jurídico para organizar a prestação material dos serviços, sobretudo quando

vislumbrada atuação das CESBs vis-à-vis das concessionárias privadas. Estas características dificultam a implementação absoluta da teoria do modelo de *franchise bidding* no saneamento.

Seguindo a análise desta dissertação, verificou-se que o exercício da regulação do saneamento deverá ser realizado por entidade reguladora de natureza autárquica, dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira. Tais prerrogativas detêm por base o caráter colegiado da direção das entidades reguladoras, com mandatos fixos, por período não coincidente com os mandatos políticos, impossibilidade de demissão *ad nutum* dos diretores, assim como a presença de caráter técnico dos colaboradores que atuam nas referidas entidades, a qual detém autonomia para estruturar seu próprio regimento interno e processar os procedimentos do seu funcionamento (como p.ex. concursos públicos), apresentando, adicionalmente, autonomia para arrecadação de recursos próprios e iniciativa para proposta orçamentária que busque a gestão de suas atividades.

Com base nestas características, a entidade de regulação poderá se valer do tradicional modelo de agências reguladoras, sob o formato de autarquia sob regime especial, mas também poderá ser formada a partir de consórcios públicos ou outros arranjos jurídicos que sejam dotados da independência exigida pela LNSB.

O titular dos serviços pode delegar a regulação para entidades reguladoras que não componham sua estrutura administrativa. Isso, somado a titularidade municipal e a multiplicidade de institutos jurídicos sob os quais poder-se-ia estruturar a regulação independente, fez nascer no saneamento uma pluralidade de arranjos jurídicos das entidades de regulação. Exemplos no Estado de São Paulo foram citados para ilustrar tal situação, com menção ao Consórcio ARES-PCJ e a Arsesp, ambos com atuação juridicamente apoiada pela gestão associada de serviços públicos operacionalizando a delegação das competências de regulação.

Apesar de existirem regras no Novo Marco para delegação do exercício da função de regulação às entidades regulatórias não localizadas no mesmo estado federado em que os serviços são prestados, parece existirem incentivos jurídicos para que a regulação do saneamento continue sendo operada local ou regionalmente.

O Novo Marco criou a figura dos contratos para prestação de serviços regulatórios, a serem celebrados sob a lógica de inexigibilidade de licitação,

aparentemente com o propósito de fortalecer o vínculo jurídico de delegação entre o titular e as entidades de regulação, sobretudo para assegurar a arrecadação das chamadas taxas de regulação pelos reguladores, bem como manter o regulador até o término das avenças concessórias e, conseqüentemente, impedir a denúncia a qualquer tempo que é comum aos instrumentos precários de delegação.

Não obstante, convém destacar que a criação dos tais contratos para prestação de serviços regulatórios parece não ter vedado o prosseguimento da prática setorial de organizar a delegação do exercício da função regulatória por meio de convênios de cooperação, valendo-se a gestão associada de serviços públicos. De outro giro, parece que a obrigação de se manter inalterada a entidade de regulação mesmo se denunciado o convênio de cooperação ou o contrato de prestação de serviços regulatórios poderá gerar desafios práticos para articular operadores e os concedentes. O tema deverá ser profundamente abordado nos instrumentos contratuais para evitar litígios.

O Novo Marco também trouxe alteração para uniformizar a regulação das entidades reguladoras espalhadas pelo país. Fala-se especificamente da competência positivada pelo Novo Marco para a ANA editar “normas de referência” aos titulares e para as entidades de regulação do saneamento básico. Estas “normas” detêm por finalidade racionalizar a pulverizada regulação setorial, capacitando as entidades reguladoras e fortalecendo a segurança jurídica no saneamento para atrair investimentos rumo a universalização.

Apesar de intensa discussão jurídica observada nos últimos meses, o STF parece ter entendido que as “normas de referência” da ANA deverão funcionar como diretrizes não vinculantes às demais entidades de regulação. A coercibilidade das “normas de referência” da ANA estará no uso do *spending power* da União, o qual parece ter sido compreendido como constitucional pelos Ministros da Corte.

A avaliação da legislação indica que tais normas deverão sim se ocupar de assuntos que fazem parte do objeto da regulação econômica, dispondo, por exemplo, da regulação tarifária, da viabilidade econômico-financeira para alcançar metas de universalização, metodologia do cálculo de indenizações etc.

Eventuais divergências da regulação referencial da ANA e o praticado pelas demais entidades de regulação foi endereçado pelo Novo Marco com a obrigação de rígida governança para motivação e diálogo da agência federal com os demais agentes de

mercado, incluindo as entidades locais de regulação de água e esgoto. A publicação das “normas de referência” deverá progressiva, de forma a permitir os debates oportunos e evitar surpresas que afetem a segurança jurídica da regulação em vigor.

Isso não quer dizer, por outro lado, que os normativos não precisarão ser cuidadosamente analisados quando da sua publicação, sobretudo porque, por comando normativo do Novo Marco, as normas deverão permitir o albergue de particularidades locais ao mesmo tempo que lidam com diferentes modalidades de regulação e fixam questões delicadas da regulação de preços.

Análise das duas “normas de referência” que já foram publicadas pela entidade indica perfis diferentes de atuação normativa, com uma norma de conteúdo mais aberto enquanto a outra teria conteúdo mais restrito. A norma de conteúdo restrito já teria recebido críticas diante de circunstâncias específicas do setor, o que pode sugerir a necessidade de maior atenção pela ANA para com o processo de diálogo junto dos agentes do setor, inclusive das entidades locais de regulação.

Seja como for, o acompanhamento de publicação das normas de referência pela ABCON indica que a atuação referência da ANA está atrasada diante do cronograma inicialmente apresentado pela própria agência federal. O atraso reforça a ideia da publicação progressiva dos normativos, observada a constante interlocução dos demais agentes do saneamento para permitir normas robustas que afastem problemas com as regulações de preço que são empregadas nos serviços atualmente.

Tratando das ferramentas postas à disposição da regulação econômica na legislação do saneamento, analisou-se o capítulo da LNSB que nomeadamente aborda os chamados “*aspectos econômicos e sociais dos serviços públicos de saneamento básico*”.

Neste particular, abordaram-se as ferramentas de cobrança de taxas, tarifas e preços públicos pelos serviços acessórios de água e esgoto, visto que tais ferramentas servem para assegurar a sustentabilidade econômico-financeira na prestação dos serviços e manter a equação econômico-financeira das avenças de delegação.

Buscou-se explicar a alteração promovida pelo Novo Marco no sentido de permitir a cobrança pela disponibilidade do serviço, e não somente pela sua fruição. Aqui, apesar de serem apontadas posições contrárias, entende-se haver fortes argumentos para não descaracterizar as atividades de água e esgoto como sujeitas ao regime jurídico de

serviços públicos, e tampouco dizer que a previsão de cobrança pela disponibilidade dos serviços seria antijurídica.

Entre outros elementos, os serviços de saneamento seriam exceções ao regramento segundo o qual os serviços públicos somente poderiam ser remunerados pela sua disponibilidade quando criada estrutura de taxas obrigatórias. Esta exceção teria base nos benefícios que o saneamento traz sociedade, com interface direta para suportar a tutela de outros bens jurídicos positivados no ordenamento nacional (p.ex. meio ambiente e saúde).

A avaliação dos valores cobrados pelos serviços de água e esgoto ainda levou ao estudo das previsões legais para os casos de subvenção ou subsídios, os quais devem ser empregados tão somente “quando necessários”, isto é, somente quando devidamente motivados. Seja para promover aportes do erário buscando reduzir valores tarifários, seja para criar mecanismos de subsídios cruzados entre diferentes categorias ou localidade de usuários, é preciso que o regulador motive a estrutura da sua política tarifária sob a perspectiva técnica e jurídica, considerando o regime jurídico da regulação econômica para equilibrar o econômico-financeiro, com a modicidade tarifária e a eficiência. Do contrário, a cobrança dos preços se torna antijurídica.

A discussão de subsídios no saneamento foi então avaliada sob a ótica dos impactos indiretamente gerados pela regionalização fomentada pelo Novo Marco, que buscou ampliar as situações de prestação regionalizada, por exemplo, por meio da criação das unidades regionais de saneamento básico e dos blocos de referência.

Da perspectiva da regulação de preços, se antigamente as políticas de subsídios cruzados era operada dentro do caixa das CESBs, a partir do Novo Marco poder-se-á exigir a formação dos subsídios a partir da instituição dos arranjos regionais, com a formação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões, unidades regionais de saneamento básico e blocos de referência.

É razoável supor que a política tarifária poderá ser afetada pela regionalização, seja porque deverá dialogar com conjuntos de diferentes localidades para viabilizar a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços de água e esgoto, seja porque muito provavelmente deverá estipular política de subsídios cruzados entre usuários de diferentes localidades para atender a modicidade tarifária e dar razão aos agrupamentos municipais. Mais que isso, a política tarifária de subsídios deverá ser operacionalizada de forma mais transparente e controlada do que era antigamente praticada pelas CESBs.

O aumento da prestação regionalizada tem o condão de aumentar as probabilidades de haver a prestação de diferentes operadores dentro da mesma área geográfica, exigindo tratamento para interdependência econômica ou operacional. Imagine-se, por exemplo, a venda de água no atacado por CESBs para concessionária privada que atua no varejo da distribuição de água aos usuários.

E a interdependência do saneamento detém tratamento regulatório próprio, com a necessidade de contrato específico, tarifa única, vedação de cobrança por custos duplicados e a regulação por uma mesma entidade reguladora. Acontece que parece haver pouca produção acadêmica sobre o assunto, igualmente com baixa avaliação jurisprudencial do assunto. Acontece que não parece haver baixo potencial de problemas jurídicos, com levantamento de casos administrativos e judiciais sugere já existirem discussões envolvendo o descumprimento de contratos e a adoção de práticas abusivas de poder de mercado monopolista. De outro lado, identificou-se a proliferação destes acordos em diversas situações de delegação da prestação material dos serviços. Fica o desafio para futuros trabalhos explorarem os problemas advindos deste tipo de relação.

Como ferramenta para ajustar desequilíbrios tarifários este trabalho ainda analisou os institutos de reajuste e revisão, este último sob as modalidades extraordinárias, realizadas a qualquer tempo, e ordinárias, com previsão contratual periódica.

Os reajustes são utilizados para corrigir os preços cobrados junto dos usuários, algumas vezes valendo-se de fórmulas para incorporar os ganhos de eficiência dos operadores, incentivando a melhoria na prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Trata-se, como resultado, de instituto jurídico utilizado para recompor os preços diante dos aumentos de custos inflacionários ao mesmo tempo que também serve para incentivar a prestação adequada. E por este motivo é ferramenta importante ao cargo da regulação de preços, que deve lutar para se afastar da interferência política.

Entende-se juridicamente válido o uso de normas contratuais ou regulatórias que privilegiem o reajuste automático dos preços, ou mesmo sua aprovação tácita, sempre que acompanhada de fórmula clara e detalhada em contrato. Não parece necessário que sempre haja validação estatal dos cálculos, uma vez que ao Poder Público é permitida a fiscalização do instrumento e dos preços praticados pelos operadores, havendo regras claras que fixam os limites de aumento das tarifas. Em verdade, a estipulação de arranjos automáticos mitiga riscos políticos e favorece a manutenção da equação econômico-financeira dos contratos de delegação.

As revisões, por seu turno, têm o condão de assegurar a manutenção da equação econômico-financeira dos instrumentos de delegação sempre que alteradas premissas da prestação material dos serviços públicos. E sobre este instituto que já se pode perceber um dos principais desafios da regulação econômica, qual seja: estruturar e por vezes coordenar diferentes modalidades de regulação.

Pode-se adotar modalidade de regulação de preços que permita maior discricionariedade do regulador, para reavaliar os custos dos operadores a cada ciclo tarifário, reposicionando a tarifa de tempos em tempos para fazer frente as obrigações de investimento dos serviços. Por outro lado, as revisões ordinárias também podem ser estruturadas privilegiando premissas de proposta dos interessados, com obediência de procedimentos regrados em contrato. Nestes casos o regulador detém menor discricionariedade, obrigatoriamente devendo seguir o disposto em contrato.

Importante observar que as revisões extraordinárias e ordinárias não necessariamente levarão ao ajuste das tarifas praticadas pelos operadores. Por envolverem verdadeira revisão dos encargos e remuneração dos instrumentos de delegação, os institutos dispõem de outras soluções para manter o equilíbrio econômico-financeiro das avenças, incluindo prolongamento do termo contratual, pagamento de indenizações pelos contratantes e mesmo a autorização do desenvolvimento de outras atividades pelos delegatários. O regulador poderá se valer destas alternativas para manter a modicidade tarifária enquanto resguarda a equação econômico-financeira da avença.

Por oportuno, esclareceu-se dos impactos diretos e indiretos que a fixação de metas de universalização pelo Novo Marco trouxe para a operação das revisões na regulação de preços do saneamento.

Especificamente, analisou-se, sob a perspectiva jurídica, a avaliação conferida pelo STF a mutabilidade dos contratos de delegação dos serviços públicos pelo Novo Marco, reproduzindo o entendimento de alguns Ministros para os quais os instrumentos de delegação não trariam direitos adquiridos sobre determinados regimes jurídicos, podendo ser modificados pelas circunstâncias normativas futuras para se ajustar as necessidades sociais, bastando manter equilibrada a equação econômico-financeira dos contratos.

Isso é importante, pois a introdução de metas de universalização também trouxe o debate sobre a adaptação dos contratos em vigor, com necessidade via decreto de que os

operadores demonstrem deter capacidade econômico-financeira para atingir os objetivos de universalização fixados pelo Novo Marco. Aqui residem diversas discussões jurídicas em função de o decreto que regulamentou o processo de aferição das condições de revisão dos contratos ter limitado algumas alternativas jurídicas para revisar a relação prestacional dos serviços. Por exemplo, vedou-se que as CESBs tivessem o prazo estendido para seus contratos, assim como conferiu-se interpretação restritiva para a possibilidade de que estas estatais subcontratem parcela dos serviços. Estas discussões estão todas judicializadas junto ao STF, aguardando resolução.

Não obstante, claro está que legislação estipulou papel relevante para as entidades de regulação neste cenário de revisão contratual para inclusão de novas metas, visto que estas entidades devem revisar as respectivas políticas tarifárias para viabilizar os serviços e os investimentos, cabendo às entidades de regulação a condução do processo de verificação da capacidade econômico-financeira dos agentes operadores. Os contratos que não forem revisados serão tidos como irregulares e ficarão passíveis de extinção antecipada pelos titulares.

Ultrapassado este debate, pontuou-se o tratamento dado pela legislação para os casos de suspensão dos serviços de saneamento. Neste aspecto, investigou-se as hipóteses de suspensão dos serviços e seus desafios particulares ao abastecimento de água, envolvendo o acondicionamento individual, mediante caixas d'água.

Ato subsequente, analisou-se a situação dos direitos a indenização, por meio de avaliação do tratamento legal dispendido pela LNSB, com destaque para a inovação do Novo Marco no sentido de que a transferência de serviços, de um prestador para outro, sempre deverá ser condicionada ao pagamento dos montantes devidos pelos investimentos realizados aos bens reversíveis que não tenham sido amortizados ou depreciados. Sobre este aspecto, há outra alargada via de discussão para o encerramento de instrumentos de delegação, com a necessidade de aprofundado tratamento regulatório para assegurar atenção ao regime jurídico da regulação econômica, sobretudo para não prejudicar a continuidade dos serviços ou mesmo incrementar sobremaneira a cobrança de tarifas para pagar por investimentos do antigo operador.

Encerrada a avaliação dos institutos jurídicos detalhados pela LNSB para uso pela regulação econômica, passou-se a avaliar as diferentes modalidades de regulação nas revisões das atividades delegadas, envolvendo a regulação preponderantemente contratual e a regulação preponderantemente discricionária.

Inicialmente fez-se preciso distinguir a regulação por contrato daquela regulação tida como discricionária, realizada por entidades de regulação, sinalizando que estas terminologias detêm diferentes acepções na literatura jurídica e na literatura econômica.

No campo jurídico, a regulação contratual seria aquela guiada pela modelagem, execução, fiscalização e interpretação dos instrumentos contratuais de delegação. Seu maior benefício seria a estabilidade do pactuado, com promoção da segurança jurídica. Seus maiores problemas viriam exatamente da pouca maleabilidade que os instrumentos contratuais trariam para proteger as delegações de serviços públicos no caso de advento de eventos imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis.

De outro giro, a regulação discricionária ou institucional, realizada por agências, estaria juridicamente lastreada no poder normativo das entidades de regulação, cujos normativos deteriam o condão de complementar os aspectos materiais dos serviços. Seu maior benefício seria a flexibilidade para gerir instrumentos de delegação incompletos e celebrados normalmente por longos períodos de tempo.

Acontece que no campo jurídico ambos os modelos de regulação não são excludentes, complementando-se entre si para viabilizar a prestação dos serviços. As entidades de regulação seguem os contratos, enquanto também atuam para solucionar problemas da sua execução advinda de situações imprevistas ou previstas, mas de consequências imprevisíveis.

A visão jurídica precisa ser adotada como premissa para se analisar as modalidades de regulação de preço sobre a perspectiva econômica, servindo de instrumento para balizar o controle de atuação das entidades de regulação em face das competências que lhe são outorgadas por lei e pelos contratos.

Sob a literatura econômica, a regulação contratual implica em um modelo de manutenção das condições econômico-financeiras fixadas nos instrumentos de delegação (normalmente, mas não exclusivamente, daquelas colhidas durante licitações), enquanto a regulação discricionária permite ao regulador reformular estas condições sempre que estiver diante de revisões tarifárias. É dizer, a regulação contratual busca proteger o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mantendo premissas de retorno que foram pactuadas entre as partes, ao passo que a regulação discricionária permite que o regulador busque preservar o equilíbrio econômico-financeiro da empresa, buscando a sustentabilidade das atividades econômicas reguladas mediante constante revisão dos

custos envolvidos na atividade econômica. É dizer, esta última detém premissas econômico-financeiras mais flexíveis do que aquela primeira.

Ato contínuo, introduziu-se o histórico das duas modalidades regulatórias.

Os casos de regulação contratual nasceram da noção francesa dispendida para a prestação de serviços públicos por meio de contrato de concessão, com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, há delegação atividade de titularidade estatal e, baseando-se em julgados de origem, sacramenta-se a ideia de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro originado do contrato e da sua licitação, principalmente para recompor integralmente os custos aferidos com intervenções unilaterais, fatos do príncipe ou mesmo de eventos extraordinários. O objetivo desta modalidade de regulação é assegurar a adequada prestação de serviços públicos, mantendo retrospectivamente as condições contratuais, inclusive econômico-financeiras.

Já a regulação discricionária detém origem marcada norte americana e inglesa, com objetivo de regular atividades privadas de interesse coletivo, isto é, cuja titularidade não é estatal, mas a atividade econômica detém externalidades na coletividade que merecem intervenção do Poder Público para direcionar atuação particular. Até se compreende a exploração da atividade se dê por meio de autorização delegatória estatal, mas esta serve mais como instrumento para apoiar o desenvolvimento da atividade privada, do que de trespasse de serviço material atribuído ao Estado. Sob esta configuração, a regulação deve focar em assegurar a “justa remuneração” da exploração econômica, evitando abusos de poder econômico. O objetivo desta modalidade de regulação é permitir a exploração particular de serviços de utilidade pública, modelando custos e preços prospectivamente para afastar abuso concorrencial e manter sustentabilidade econômica da empresa.

Como observado, na modalidade de regulação por contrato busca-se preservar as premissas econômico-financeiras da concessão, mantendo a equação econômico-financeira da avença, enquanto a regulação discricionária objetiva a sustentabilidade da empresa, ainda que isso implique na revisão das premissas dos preços praticados, operacionalizando o reposicionamento de custos, metas e investimentos.

A legislação brasileira acabou por abarcar aspectos de ambas as modalidades de licitação. No Brasil incorporou-se a noção de serviço público, com seu trespasse mediante instrumentos concessórios. A legislação nacional foi ainda mais protetiva do que a origem

francesa, determinando a garantia de recomposição integral do equilíbrio econômico-financeiro sempre que desatendidas as condições originalmente pactuadas. Adicionalmente, a reforma do Estado na década de 90 também trouxe a tona a figura da regulação discricionária, por entidades independentes de regulação, permitindo a reavaliação dos custos tarifários e dos investimentos das concessões de tempos em tempos. É dizer, permitiu-se inclusive que as concessões precedidas de licitação fossem submetidas aos processos de revisão dos custos tarifários para fomentar eficiência dos operadores. Exemplo disso está no mercado de gás canalizado.

No saneamento básico brasileiro o binômio da regulação discricionária e contratual acabou se polarizando em face dos regimes jurídicos utilizados para organizar a prestação materializada dos serviços públicos. O modelo preponderantemente discricionário foi repetidamente alocado às CESBs, enquanto a regulação preponderantemente contratual ficou normalmente alocada aos contratos com concessionárias privadas.

Embora o debate sobre a utilização de um modelo ou outro seja constante em outros setores de infraestrutura e de serviços públicos, a discussão das modalidades de regulação é importante no saneamento por antagonizar a prestação materiais delegadas às CESBs e as delegações operadas a investidores privados, havendo documentos publicados com críticas pelas concessionárias privadas para ver afastada a regulação discricionária dos novos contratos de concessão de água a esgoto.

Em resumo, as críticas giram em torno da noção de que as entidades de regulação não estariam preparadas para desenvolver a sofisticada regulação discricionária em contratos com particulares, devendo, alternativamente, se adotar uma regulação preponderantemente contratual na estruturação de novos projetos de concessão, cujos contratos busquem preservar as premissas fornecidas pelos interessados nas suas propostas de licitação.

Convém pontuar que não há uma regra geral para que a regulação discricionária seja necessariamente utilizada em operadores estatais, ou somente deverá ser utilizada para casos que não tenham sido precedidos de licitação. Os exemplos advindos de outros serviços públicos estão aí para provar que isso não é verdade, bastando ver contratos de concessão de gás canalizado ou distribuição de energia elétrica. Em ambos destes casos há concessões precedidas de licitação, delegadas a empresas particulares.

A crítica lançada também parece generalizar problemas da regulação discricionária, polarizando sua utilização com a regulação contratual. Mas há situações em que a flexibilidade da regulação discricionária poderá gerar valor e estimular investimentos. Nem sempre haverá confronto entre ambas as modalidades regulatórias. Pelo contrário, é comum que ambas subsistam para completar lacunas contratuais, com a revisão de tarifas em virtude de diferentes situações extraordinárias.

E a crítica de incapacidade das entidades de regulação do setor parece desconsiderar as prerrogativas de fiscalização dos reguladores e mesmo as alterações do Novo Marco para fortalecer a atuação dos reguladores locais (por exemplo, mediante a atuação da ANA e a criação do CISB).

A conclusão da análise envolvendo as críticas das concessionárias considera que ambas as modalidades de regulação podem ser utilizadas pelo saneamento básico. A LNSB não escolhe uma modalidade em detrimento da outra, havendo elementos para justificar a utilização de uma ou de outra modalidade de regulação a depender de avaliação da política pública concreta para os serviços de determinada localidade.

É possível que toda essa discussão se intensifique em virtude das alterações do Novo Marco para com o término dos contratos de programa e a viabilização de privatização das CESBs.

O resultado destas mudanças de paradigma ainda está por ser sentida. Mas é certo que a regulação econômica não poderá ser mera expectadora dos movimentos de término contratual dos próximos meses. Há fértil campo para investigar a validade e regularidade de contratos de programa vigentes, assim como para dispor de parâmetros de indenização e cobrança de tarifas por ativos sob operação das CESBs. Buscou-se aqui refletir as principais discussões que se anteviu sobre o tema.

Retomando o objetivo deste trabalho, buscou-se responder o seguinte questionamento: Qual é o regime jurídico da regulação econômica, seus principais institutos e debates atuais para aplicação no saneamento básico?

Em apertada síntese conclusiva, pode-se afirmar que o regime jurídico da regulação de preços busca atender aos objetivos fixados pela LNSB, tendo como núcleo principal o intuito de manter as condições econômico-financeiras dos preços praticados para assegurar a sustentabilidade da prestação adequada dos serviços ao mesmo tempo

que objetiva promover a modicidade tarifária e fomentar a eficiência do oferecimento material do fornecimento de utilidades e comodidades aos usuários.

Para alcançar seus objetivos de preservar o equilíbrio entre os institutos jurídicos da manutenção das condições econômico-financeiras dos contratos, modicidade tarifária e eficiência, a regulação econômica se vale de entidades de regulação independente com ampla competência normativa, fiscalizadora e interpretativa. Por sua vez, estas entidades se valem de modalidades diversas para regular as tarifas.

A legislação positiva uma série de institutos jurídicos para operar a regulação econômica, permitindo a estruturação de diferentes políticas tarifárias, com ou sem uso de subsídios, mas cujas condições sejam revisitadas mediante reajustes e revisões dos valores que compõe a equação econômico-financeira dos instrumentos de delegação. Também é previsto tratamento de interdependência dos serviços entre diferentes prestadores, os casos interrupção dos serviços e as regras para pagamento de indenizações pelos investimentos realizados e não amortizados pela exploração econômica das redes de água e esgoto. Cada ponto deste traz debates jurídicos específicos, refletidos ao longo desta dissertação.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das avenças encontra discussões em curso em face do uso dentro do mesmo setor de diferentes modalidades de regulação, se preponderantemente discricionária ou contratual, com as concessionárias privadas questionando a capacidade das entidades de regulação para se formularem arranjos de revisão dos custos e investimentos dos serviços.

O Novo Marco traz novos contornos para alguns dos debates mencionados acima, apimentando outras discussões que são reproduzidas no setor de água e esgoto desde o advento da LNSB. Buscou-se contextualizar os impactos diretos e indiretos que já surgiram ou que potencialmente poderão surgir com a implantação da nova legislação.

Espera-se que as informações lançadas neste trabalho ajudem a sistematizar os debates e pontos de atenção da regulação econômica do saneamento, com destaque aos debates velhos e novos da reforma regulatória que está em andamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABAR. Associação Brasileira de Agências de Regulação. **Abar lança nova pesquisa sobre regulação no setor de saneamento.** Disponível em: <https://abar.org.br/2020/11/19/abar-lanca-nova-pesquisa-sobre-regulacao-no-setor-de-saneamento/>. Acesso em: 31 jul. 2021.

ABCON. Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. **Os principais números do setor privado no saneamento no Brasil.** Disponível em: <http://abconsindcon.com.br/panoramas/>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. **Estudo: Regras padronizadas sobre distribuição de riscos, equilíbrio econômico-financeiro e modelos regulatórios.** Disponível em: <https://conteudo.abconsindcon.com.br/estudo-regulacao>. Acesso em: 17 fev. 2021.

_____. **Panorama da participação privada no saneamento 2021.** Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/panoramas/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. **Quanto custa universalizar o saneamento no Brasil?** Disponível em: <https://conteudo.abconsindcon.com.br/kpmg>. Acesso em: 23 fev. 2021.

_____. **Regionalização no saneamento tem desafios regulatórios, econômicos e políticos.** Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/noticias/regionalizacao-no-saneamento-tem-desafios-regulatorios-economicos-e-politicos/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

_____. **Regras padronizadas sobre distribuição de riscos, equilíbrio econômico-financeiro e modelos regulatórios.** Disponível em: <https://conteudo.abconsindcon.com.br/estudo-regulacao>. Acesso em: 03 ago. 2021.

ABES (São Paulo). **Nota conjunta contra a reedição da medida provisória que revisa o marco legal do saneamento.** Disponível em: <http://abes-sp.org.br/nota-conjunta-contr-a-reedicao-da-medida-provisoria-que-revisa-o-marco-legal-do-saneamento/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

_____. Nota da ABES sobre o PL 4162/2019. Disponível em: <http://abes-dn.org.br/?p=35853>. Acesso em: 08 set. 2020.

AESBE. **Estudo indica que dez estatais não atendem novos requisitos.** Disponível em: <https://aesbe.org.br/estudo-indica-que-dez-estatais-nao-atendem-novos-requisitos/>. Acesso em: 09 ago. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO – ANA. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 1/2021/GT Saneamento, Documento nº 02500.001458/2021-11. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico>. Acesso em: 05 ago. 2021.

AGENERSA. Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro. Deliberações. Disponível em: http://www.agenersa.rj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2986&Itemid=208. Acesso em: 03 ago. 2021.

_____. **AGENERSA** nº **4.167**. Disponível em: http://www.agenersa.rj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3402&Itemid=216. Acesso em: 04 ago. 2021.

AGERSA. Legislação / Leis Municipais. Disponível em: <http://agersa.es.gov.br/2016/legislacao2.asp?codigo=1&categoria=Leis%20Municipais>. Acesso em: 11 ago. 2021.

AHDIEH, Robert B. Dialectical regulation. *Connecticut Law Review*. vol. 38, 2005.

ALEGRE, Artur Porto. Serviço público de saneamento básico: abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Conceitos e implicações no novo marco regulatório. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2021.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras: legitimação, extensão e controle. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, ago./set./out., 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/leticia-queiroz-de-andrade/poder-normativo-das-agencias-reguladoras-legitimacao-extensao-e-controle>. Acesso em: 12 jul. 2021.

_____, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Forense, 2013.

ARES-PCJ. **Consórcios**. Disponível em: <http://www.arespcj.com.br/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

ARSESP. Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Estado de São Paulo. **Saneamento**. Disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/SitePages/saneamento/informacoes-tecnicas.aspx>. Acesso em: 24 maio 2005.

AURÉLIO, Bruno; SILVA, Renan Sona. Sustentabilidade econômica e social. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Lei Federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020.

AZEVEDO, Marcelo; MALTA, Bruno. Licenciamento ambiental simplificado no Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: FORTINI, Cristiana; *et. al.* (orgs.). **Novo marco legal do saneamento básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários**. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido 2021.

BARIANI JÚNIOR, Percival José; e CAPELOTTO, Paulo Henrique Triandafelides. Da política pública de saneamento básico no Novo Marco Regulatório. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alterações e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial), 2012.

_____, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – ReDAE*. nº 11. agosto/setembro – 2007 – Salvador – Bahia. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 02 mar. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. Saneamento básico e federalismo: serviço público e competências comuns. *In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes; GRAZIANO, Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coords.). Saneamento básico: Temas fundamentais, propostas e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

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

BNDES. **Privatização da Manaus Saneamento**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-encerrados/Privatizacao-Estaduais>. Acesso em: 09 ago. 2021.

_____. Processos em andamento. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 25-29.

BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Contrato de locação de ativos na gestão dos serviços públicos de saneamento básico. **Revista Brasileira de Infraestrutura**. Belo Horizonte, vol. 5, nº 9, p. 127-172, jan./jun. 2016.

BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; CAMACHO, Fernando Tavares. **Uma nota sobre o repasse de ganhos de produtividade em setores de infraestrutura no Brasil (Fator X)**. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5424/1/Radar_n22_Uma%20Nota.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRONZATO, Tales José Bertozzo; e STRINGHINI, Adriano Candido. Camisa 10: o Novo Marco Legal do saneamento; um olhar para o futuro e as oportunidades de sinergia; exercício da titularidade; interesse local e interesse comum. Uma visão integrativa e modelos contratuais e societários. *In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAIXA. Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/poder-publico/modernizacao-gestao/parcerias-publico-privadas/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 13 jul. 2021.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado?** Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/2572/1/RB%2041%20Regulacao%20economica%20de%20infraestruturas_P.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Alteração dos contratos administrativos. *In: Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (Tratado de direito administrativo; v. 6 / (coord.) Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

_____, Jacintho Arruda. Regimes Tarifários e instrumentos regulatórios de intervenção em preços. *In: Direito da Infraestrutura*. vol. 2. PEREIRA NETO, Caio Mario da; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim Pinheiro (coords.). São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

CAMAROSANO, Márcio. A divisão constitucional de competências e a cooperação federativa na prestação de serviços municipais de saneamento básico. *In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.) et al. Tratado sobre o Marco Regulatório do Saneamento Básico no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017.

CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Regulação e federalismo no serviço público de saneamento básico. *In: MOTA, Carolina (coord.). Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CÔCO, Kátia Muniz; e ALMEIDA, Marcelo Silva de. Fiscalização direta da prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. *In: GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro, et. al. Regulação do saneamento básico*. Barueri, SP: Ed. Manole, 2013.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AQUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO – CRA (Colômbia). Normas. Disponível em: <http://cra.gov.co/seccion/inicio.html>. Acesso em: 12 out. 2018.

CONJUR. **Agências reguladoras devem integrar contratos de concessão de água e esgoto?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-11/opiniaio-agencias-reguladoras-contratos-agua-esgoto>. Acesso em: 12 jul. 2021.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: constituição e Código Tributário Nacional**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012

COWEN, Penelope J. Brook. **The private sector in water and sanitation: how to get started**. The Private Sector in Water: Competition and Regulation. Washington: World Bank, 1999. Disponível em: <chrome-extension://oemmnadbldboiebfnladdacbfmadadm/https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/11574/multi0page.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 set. 2018.

DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____, Augusto Neves; BARIANI JÚNIOR, Percival José. As agências reguladoras e a concessão de serviço público de saneamento básico. *In*: LUNA, Guilherme Gomes; *et al.* **Saneamento básico: temas fundamentais, propostas e desafios**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017.

_____, Augusto Neves; e FACCHINATTO, Renan Marcondes. O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico e os modelos de emparceiramento com a iniciativa privada: a concessão e a parceria público-privada. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei Federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2020.

_____, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; e BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer sobre o Projeto de Lei 5.295, de 2005, sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, v. 7, nº 72, maio 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/index.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

DEMSETZ, Harold. (1968) Why Regulate Utilities? **Journal of Law and Economics**, vol. 11, nº 1, article 6. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/jle/vol11/iss1/6>. Acesso em: 20 jul. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINARDI, Roberto Cavalcante. **Normas de Referência da ANA: as prioridades e desafios para a criação das normas regulatórias de referência de saneamento básico pela Agência Nacional de Águas (ANA)**. Orientador Prof. Dr. Alceu de Castro Galvão Junior. Estudo de conclusão de curso (MBA em Saneamento Ambiental) - FESP/SP, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://mbasaneamento.com/estudo-de-aluno-do-mba-saneamento-ambiental-e-apresentado-para-representantes-da-ana-e-abar/>. Acesso em: 17 fev. 2021.

EDITORA FORUM. **Regulação do Saneamento Básico no novo marco: do local ao nacionalmente homogêneo**. Coluna Saneamento: Novo Marco Legal. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/coluna-saneamento-novo-marco-legal/regulacao-do-saneamento-basico-no-novo-marco-do-local-ao-nacionalmente-homogeneo/>. Acesso em: 19 fev. 2021.

ENEI, José Virgílio Lopes. A hora e a vez do setor privado: modelagem de privatizações e concessões no setor de saneamento. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei Federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2020.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003; e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latim, 2012.

FERRARI, Carlos Eduardo Peres; FRANCO, Vinicius Nogueira. A estruturação de *Project Finance* em projetos de saneamento básico. *In*: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes; GRAZIANO, Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coords.). **Saneamento básico: temas fundamentais, propostas e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERREIRA, Fernanda Meirelles. **Regulação por contrato no setor de saneamento: o caso de Ribeirão Preto**. Dissertação (Mestrado) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2379>. Acesso em: 30 set. 2018.

FGV. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura. **Apontamentos sobre o art. 10-B, da Lei 11.445/2007 e seu regulamento**. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes>. Acesso em: 21 jul. 2021.

_____. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura. **Observações sobre a prorrogação de contratos de programa sob o Marco do Saneamento**. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/2021-04/observacoes-sobre-a-prorrogacao-de-contratos-de-programa-sob-o-marco-do-saneamento.pdf>. Acesso em: 04 abril 2021.

_____. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura. **Privatização paulatina da Saneatins**. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/privatizacao-de-companhia-estadual-de-saneamento-experiencia-unica-do-tocantins-licoes>. Acesso em: 09 ago. 2021.

_____. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura. **Research Teaser: 55% dos contratos firmados entre Companhias Estaduais de Saneamento Básico e municípios na região Sudeste carecem de metas bem definidas**. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/research-teaser-55-dos-contratos-firmados-entre-companhias-estaduais-de-saneamento>. Acesso em: 09 ago. 2021.

FILHO, Araujo; MORAIS, Valdemar F. de; REGO, Maria Piedade; e AUGUSTO, Paulo. **Diagnóstico e desempenho recente da política nacional de saneamento básico**. Brasil em desenvolvimento: estado, planejamento e políticas públicas. Brasília: IPEA, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3691>. Acesso em 30 set. 2018.

FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: conceito jurídico e serviços públicos. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/325/edicao-1/saneamento-basico:-conceito-juridico-e-servicos-publicos>. Acesso em: 12 ago. 2021

GALLACCI, Fernando Bernardi. Reflexões acerca das disputas jurídicas envolvendo o setor de saneamento básico. *In*: **REDAC**, vol. 21, nov.-dez., 2015.

_____, Fernando Bernardi; *et. al.* Formas de parcerias para viabilizar a implantação de aterros sanitários. *In: Revista dos Tribunais, RT*. vol. 976, fev. 2017.

_____, Fernando Bernardi; SANTOS, Rodrigo Machado Moreira; e LOHBAUER, Rosane Meira de Menezes. Formas de parcerias para viabilizar a implantação de aterros sanitários. *In: Revista dos Tribunais*, 2017, vol. 976, fev., 2017.

GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro *et. al.* **Regulação do saneamento básico**. Barueri/SP: Ed. Manole, 2013.

_____, Alceu de Castro. **Desafios para a universalização dos serviços de água e esgoto no Brasil**. Rev. Panam Salud Publica. 2009.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Editora Malheiros, 2019.

GAROFANO, Rafael Roque. **Contrato de interdependência de serviços de saneamento básico: um ilustre desconhecido**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/192635/contrato-de-interdependencia-de-servicos-de-saneamento-basico-um-ilustre-desconhecido>. Acesso em: 04 fev. 2021.

GASIOLA, Gustavo Gil. Regulação de infraestrutura por contrato. *In: Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo*, v. 2, nº 1, 2015.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. A titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: estudo de caso dos municípios integrantes da região metropolitana de Belo Horizonte à luz do julgamento da ADI nº 1.842/RJ pelo STF. *In: DAL POZZO*, Augusto Neves *et al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017.

_____, Giuseppe; e LEONI, Fernanda. Gestão associada e outros arranjos institucionais para a prestação dos serviços de saneamento. *In: DAL POZZO*, Augusto Neves (coord.). **Lei Federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GONDIM, Liliane Sonsol; e CARVALHO, Ivo César Barreto de. Mecanismos de participação democrática, transparência e *accountability*. *In: GALVÃO JÚNIOR*, Alceu de Castro; *et. al.* (org.). **Regulação do saneamento básico**. Barueri/SP: Ed. Manole, 2013.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Plataforma digital de parcerias. Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/115>. Acesso em: 11 ago. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

GRAZIERA, Maria Luiza Machado; e JEREZ, Daniela Malheiros. A integração do planejamento nas políticas de saneamento e de recursos hídricos. *In: OLIVEIRA*, Carlos Roberto de; e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (coord.). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: ???

_____, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2033; e DAL POZZO, Augusto Neves. Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro. **Coleção Temas do Direito Administrativo**, nº 32, Rio de Janeiro: Ed. Malheiros, 2012.

_____, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

GUASH, J. Luis. **Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right**. Disponível em: https://regulationbodyofknowledge.org/wp-content/uploads/2013/03/Guash_Granting_and_Renegotiating.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

GUEDES, Francisco Augusto Zardo. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

GUERRA, Sergio; e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a administração pública. *In*: Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; PEREIRA, Rafaella Krasinski Alves. Empresas estatais de saneamento básico, novo marco legal e parcerias com a iniciativa privada. *In*: _____ *et al.* **Novo marco legal do saneamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

HARB, Karina Houat. A revisão da concessão de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; *et. al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017.

_____, Karina Houat. Aspectos controvertidos das sanções aplicáveis pela administração pública em contratos administrativos. *In*: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Direito administrativo sancionador** – estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC-SP, Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB, acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *In*: **Revista Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. (2018). Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, 13-41. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>. Acesso em: 01 ago. 2021.

_____, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos. 16ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

_____, Marçal. **Concessão de serviços públicos**: comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997.

_____, Marçal. Parecer sobre a minuta do anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico. **Revista Jurídica da Presidência**, em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj>. Acesso em: 5 fev. 2021.

_____, Marçal. Parecer sobre o Projeto de Lei 5.296, de 2005, sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília, v. 7, nº 72, maio, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista?Rev_72/index.htm. Acesso em: 25 fev. 2021.

KPMG. **Quanto custa universalizar o saneamento no Brasil?** Disponível em: <https://home.kpmg/br/pt/home/insights/2020/06/quanto-custa-universalizar-o-saneamento-no-brasil.html>. Acesso em: 13 jul. 2020.

LIMA, Gislene Rocha. Modelos e mecanismos de regulação independente. In: GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; *et al.* **Regulação do saneamento básico**. 1ª ed. Barueri-SP: Manole, 2013.

LOHBAUER, Rosane Meira de Menezes; GALLACCI, Fernando Bernardi. O desafio do financiamento para a regionalização dos serviços de saneamento básico. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; *et. al.* **Novo Marco legal do saneamento**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2021.

_____, Rosane Meira de Menezes; SANTOS, Rodrigo Machado Moreira; e GALLACCI, Fernando Bernardi. Formas de parcerias para viabilizar a implantação de aterros sanitários. In: **Revista dos Tribunais - RT**, vol. 976, fev., 2017.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Apontamentos sobre o art. 10-B da Lei nº 11.445/2007 e seu regulamento**. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura – CERI. Fundação Getúlio Vargas – FGV. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/setores/agua-e-saneamento>. Acesso em: 11 jul. 2021.

_____, Gustavo Kaercher. **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2020.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Observações sobre a prorrogação de contratos de programa sob o Marco do Saneamento**. Publicado pela CERI-FGV. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/2021-04/observacoes-sobre-a-prorrogacao-de-contratos-de-programa-sob-o-marco-do-saneamento.pdf>. Acesso em: 04 abril 2021.

LUNA, Guilherme Ferreira Gomes; GRAZIANO, Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Saneamento básico**: temas fundamentais, propostas e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72- 98.

_____, Floriano de Azevedo. A regulação no setor de saneamento. *In*: Berenice de Souza Cordeiro (coord.). **Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de saneamento básico**. Brasília: Editora, 2009.

_____, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

_____, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

_____, Floriano de Azevedo. Aspectos regulatórios a serem considerados na formulação de um novo modelo para o setor de saneamento básico no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 29, 2000, p. 58-70.

_____, Floriano de Azevedo. Parcerias Público-Privadas no saneamento ambiental. Carlos Ari Sundfeld (coord.). *In*: **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

_____, Floriano de Azevedo; e CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. O contrato de locação de ativos e a implementação de infraestrutura atrelada ao saneamento básico. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; *et. al.* (coords.). **Tratado sobre o Marco Regulatório do Saneamento Básico no Direito Brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017.

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

MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves *et al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017.

_____, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal 14.026/2020. *In*: Coord. DAL POZZO, Augusto Neves. **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2020.

MEIRELLES, Fernanda. Contratos no setor de saneamento básico: desenhos e incentivos. MOTA, Carolina (coord.). *In*: **Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

MELO, Bruno Aguiar Carrara de; TUROLLA, Frederico Araújo. Modelos de regulação tarifária e a Lei nº 11.445/2007: as alternativas possíveis. *In: GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; et. al. Regulação do saneamento básico*. Barueri/SP: Manole, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigma do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 265, jan./abr. 2014.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Considerações sobre a “regulação” no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 3, nº 12, out. 2005.

MEREOS, George. **Private participation in the water sector: recent trends and issues**. *European Water* 9/10: E.W. Publications, 2005, p. 59-75. Disponível em: chrome-extension://oemmndcblldboiebfnladdacbfmadadm/https://www.ewra.net/ew/pdf/EW_2005_9-10_07.pdf. Acessado em 30/09/2018.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL. **Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab)**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/plansab>. Acesso em: 05 jun. 2021.

_____. **Planos de Saneamento Básico das Regiões Integradas de Desenvolvimento – RIDE**. Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/saneamento/planos-de-saneamento-basico-das-regioes-integradas-de-desenvolvimento-ride>. Acesso em: 09 ago. 2021.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, nº 43, p. 928, out./dez. 2013.

MOREIRA, Ego Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

_____, Ego Bockmann. Serviços de água e esgotamento: notas sobre o Decreto 10.710/2021 e a comprovação da capacidade econômico-financeira. **Revista Eletrônica Direito do Estado**, ano 2021, nº 482. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/servicos-de-agua-e-egotamento-notas-sobre-o-decreto-10710-2021-e-a-comprovacao-da-capacidade-economico-financeira>. Acesso em: 11 jul. 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Novo Marco Legal do Saneamento e a impossibilidade de prorrogação de contratos de programa**. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-novo-marco-legal-do-saneamento-e-a-impossibilidade-de-prorrogacao-de-contratos-de-programa/>. Acesso em: 04 abril 2021.

_____, Egon Bockmann. Serviços de água e esgotamento: notas sobre o Decreto 10.710/2021 e a “comprovação da capacidade econômico-financeira”. *In: Coluna da Plataforma Direto do Estado*. Ano 2021, nº 482. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/servicos-de-agua-e-egotamento-notas-sobre-o-decreto-10710-2021-e-a-comprovacao-da-capacidade-economico-financeira>. Acesso em: 09 ago. 2021.

MOTA, Carolina. O controle social no setor de saneamento básico: principais aspectos da Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2017 – Lei de Saneamento Básico. *In*: MOTA, Carolina (coord.). **Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010.

NEVES, Namir Antonio; TAKAHASHI, Leonardo Frenhan. O novo marco legal do saneamento básico. *In*: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, ed. 147, Especial, 2º Semestre/2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos / Irene Patrícia Nohara, Jacintho Arruda Câmara. *In*: **Tratado de direito administrativo**. v. 6. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUNES, Andréia R. Schneider. Políticas públicas. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; e FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/376/edicao-1/politicas-publicas>. Acesso em: 12 ago. 2021

OCDE. Organization for Economic Co-operation and Development. **Guidelines for performance-based contracts between water utilities and municipalities: lessons learnt from Eastern Europe, Caucasus and Central Asia**. Disponível em: <http://www.oecd.org/environment/outreach/48656736.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Roberto *et al.* **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. GRAZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto (coord). Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. **Contratos administrativos complexos e de longo prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos**. Orientador: Sérgio Guerra. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018.

OLIVEIRA, Gesner de; VASCONCELOS, Andréa Costa de. Subsídio à população de baixa renda: mecanismo para universalização dos serviços públicos de saneamento básico. *In*: LUNA, Guilherme Gomes; *et al.* **Saneamento básico: temas fundamentais, propostas e desafios**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do serviço público de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007 e no Decreto nº 7.217/2010. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves, *et al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito Brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017.

OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas. A titularidade dos serviços de saneamento básico na Lei de Atualização do Marco Legal do Saneamento Básico. *In*: OLIVEIRA, Carlos Roberto (coord.) *et al.* **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Fact Sheets*. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em: 23 fev. 2021.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 7ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2020.

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

PELLEGRINI, Guilherme Martins. Regulação do saneamento básico e participação pública na Lei nº 11.445/2007: o caso da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP). In: DAL POZZO, Augusto Neves; *et. al.* **Tratado sobre o Marco Regulatório do Saneamento Básico no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

PORTAL DA INFRA. **Agências reguladoras independentes, só com procuradorias independentes**. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-agencias-reguladoras-independentes-so-com-procuradorias-independentes/>. Acesso em: 25 jul. 2021.

POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**. 21 Stanford Law Review 548, 1968. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1862/. Acesso em: 14 jul. 2021.

PRADO, Lucas Navarro. Planos de saneamento básico: Função, requisitos, revisão e impactos no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. In: **Saneamento básico: Temas fundamentais, propostas e desafios**. LUNA, Guilherme Ferreira; GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima; e BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coords.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO (Rio de Janeiro). Acordos de interdependência. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/rio-aguas/18>. Acesso em: 08 fev. 2021.

PREFEITURA DA ESTÂNCIA DE ATIBAIA (São Paulo). **Contrato PPP**. Disponível em: <http://www.prefeituradeatibaia.com.br/?s=contrato+PPP#>. Acesso em: 24 maio 2020.

RADAR PPP. **Esgotamento sanitário (Atibaia)**. Disponível em: <https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps/esgotamento-sanitario-atibaia/>. Acesso em: 24 maio 2020.

REVISTA JURÍDICA DA PRESIDÊNCIA. Marçal Justen Filho detém parecer que analisa a origem da previsão legal. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj>. Acesso em: 05 fev. 2021.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Novo Marco Legal do Saneamento** – efeitos da manutenção pelo Congresso Nacional do veto ao artigo 16, particularmente sobre os limites para assinar novos contratos de programa. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-novo-marco-legal-do-saneamento-efeitos-da-manutencao-pelo-congresso-nacional-do-veto-ao-artigo-16-particularmente-sobre-os-limites-para-assinar-novos-contratos-de-programa/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

RIBEIRO, Wladimir Antonio. A forma e a função: as relações entre independência, regulação e competências do regulador. *In*: OLIVEIRA, Roberto Carlos; *et. al.* **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Ed. Essencial Idea, 2016.

_____, Wladimir Antonio. O Contrato de Programa. *In*: **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. OLIVEIRA, Carlos Roberto de; e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021.

_____, Wladimir Antonio; e GUIMARÃES, Raquel Lamblogia. Região metropolitana e competência municipal. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves *et al.* **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017.

_____, Wladimir Antonio; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre os contratos de interdependência de serviços de saneamento básico: o caso do fornecimento de água no atacado por companhia estadual. *In*: **Saneamento básico: temas fundamentais, propostas e desafios**. LUNA, Guilherme Ferreira Gomes; GRAZIANO, Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RIO DE JANEIRO (Estado). Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário por Blocos de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos.php>. Acesso em: 04 ago. 2021.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Hipóteses de interrupção dos serviços na Lei de Saneamento. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei Federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RRETICHE, Marta. **Política Nacional de Saneamento: a reestruturação das companhias estaduais**. Temas Especiais – Infraestrutura: perspectivas de Reorganização. Brasília: Ipea, 1999. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7894>. Acesso em: 30 set. 2018.

SABESP. **Contratos de programa**. Disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Municipio.aspx?secaoId=18&id=607>. Acesso em: 24 maio 2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica do direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; e FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; e FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>. Acesso em: 12 agosto 2021.

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

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do Marco Legal do Saneamento Básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. *In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Novo Marco do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. São Paulo: Editora Fórum, 2012.

SCHWARTZ, Alan. Contract theory and theories of contract regulation. *In: Revue d'économie industrielle*. vol. 92. 2e et 3eme trimestres 2000, pp. 101-110. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/9297/53f29d101cec29bd15c82c3dfbaf232b5237.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

SCHWIND, Rafael Wallback. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela administração pública. *In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Acordos administrativos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 157-176.

SECRETARIA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, GESTÃO E PATRIMÔNIO (Alagoas). Esgotamento sanitário de bairros de Maceió. Disponível em: <http://seplag.al.gov.br/component/jdownloads/category/29-esgotamento-sanitario-de-bairros-de-maceio?Itemid=>. Acesso em: 08 fev. 2021.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A prevalência da titularidade municipal dos serviços públicos de saneamento em regiões metropolitanas. *In: Saneamento Básico: temas fundamentais propostas e desafios*. LUNA, Guilherme Ferreira Gomes; GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima; e BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho *et. al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____, Pedro Estevam Alvez Pinto. **Região metropolitana e seu regime constitucional**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009.

SILVEIRA, Luciana; e BATISTA, Caroline Lopes. Prorrogação de contratos de programa de saneamento básico: possíveis caminhos regulatórios. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342803/prorrogacao-de-contratos-de-programa-de-saneamento-basico> . Acesso em: 04 abril 2021.

SISTEMA DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NAS DECISÕES DA ANA. **Consulta pública**. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/82>. Acesso em: 17 fev. 2021.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. A experiência brasileira nas concessões de saneamento básico. Carlos Ari Sunfeld (coord.). *In: Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

_____, Rodrigo Pagani de. Planejamento dos serviços de saneamento básico na Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. *In*: MOTA, Carolina (coord.) – **Saneamento básico no Brasil**: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____, Rodrigo Pagani de; e ALVIM, Tiago Cripa. **Saneamento básico e insegurança jurídica**: comentários à Medida Provisória 844/2018. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 20, nº 48, p. 287-308, março-abril/2019.

_____, Rodrigo Pagani. A experiência brasileira nas concessões de saneamento básico. *In*: Carlos Ari Sundfeld. (org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, Rodrigo Pagani. Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal. *In*: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (coord.). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba/SP: Ed. Foco, 2021.

_____, Rodrigo Pagani; e ALVIM, Tiago Cripa. Saneamento básico e insegurança jurídica: comentários à Medida Provisória 844/2018. *In*: **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, ano 20, nº 48, março-abril/2019.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

_____, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.

_____, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**: de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

_____, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras. *In*: _____ (org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____, Carlos Ari. Viabilidade de conversão do contrato de programa em concessão quando da privatização da empresa prestadora. *In*: **Pareceres**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2013, DTR/2013/7080, p. 497-506.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. Considerações sobre a possibilidade de transmutação do contrato de programa em contrato de concessão quando da realização de leilão de ações de sociedade de economia mista. *In*: LUNA, Guilherme Gomes (org.). **Saneamento Básico**: temas fundamentais, propostas e desafios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017.

TRATA BRASIL. **Água**. Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/agua>. Acesso em: 04 ago. 2021

_____. **Déficit do saneamento básico brasileiro**. Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/>. Acesso em: 05 ago. 2021.

_____. **O saneamento e a vida da mulher brasileira**, 2018. Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/>. Acesso em: 23 fev. 2021.

_____. **Principais estatísticas.** Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas>. Acesso em: 23 fev. 2021.

_____. **Saneamento Rural:** um enorme desafio para o Brasil. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-rural-um-enorme-desafio-para-o-brasil--portal-do-saneamento>. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS.** Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas>. Acesso em: 28 mar. 2021.

TRINDADE, Karla Bertocco. A construção de um novo modelo institucional para o saneamento no Estado de São Paulo. *In:* MOTA, Carolina (coord.). **Saneamento básico no Brasil:** aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/2007. 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; e BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico. *In:* DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Lei Federal nº 14.026/2020:** o novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VASCONCELOS, Andréa Costa de; BORGES, Olívia. A nova institucionalização na prestação dos serviços públicos de saneamento sem a figura dos contratos de programa. *In:* **Novo marco do saneamento.** GUIMARÃES, Bernardo Strobel, *et al.* (coord.). São Paulo: Ed. Fórum, 2021.

_____, Andréa Costa de; LIMA, Priscilla da Costa. Limites de atuação da entidade reguladora de saneamento básico. *In:* **Revista de Direito Público da Economia – RDPE.** Belo Horizonte, ano 15, nº 60, out./dez., 2017.

VASQUES, Denise. A titularidade dos serviços de saneamento básico em debate no Supremo Tribunal Federal. *In:* Carolina Mota (coord.). **Saneamento básico no Brasil:** aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010.

VERNALHA, Fernando. **Nova regulamentação do saneamento básico ameaça a universalização do serviço.** Disponível em: <https://jovempan.com.br/opiniao-jovempan/comentaristas/fernando-vernalha/nova-regulamentacao-do-saneamento-basico-ameaca-a-universalizacao-do-servico.html>. Acesso em: 08 ago. 2021.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil:** justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

WORLD BANK. **Approaches to private participation in water services:** a toolkit. Public-Private Infrastructure Advisory Facility & the World Bank, 2006.

_____. Public-Private-Partnership Legal Resource Center. **Regulation by contract.** Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/regulation-by-contract>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Public-Private-Partnership Legal Resource Center. **Water sector regulation**. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector/water-sanitation/laws-regulations>. Acesso em: 30 set. 2018.

XAVIER, Eduardo. Saneamento básico – Uma questão de cooperação federativa. *In*: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes; GRAZIANO, Felipe Pinto Lima; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coords.). **Saneamento básico**: Temas fundamentais, propostas e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

YOUTUBE. **Edição especial do Infra em Pauta sobre o Decreto 10.710**. Disponível em: <https://www.youtube.com/channel/UCf-Sk0sI3Ke98tiagelTe0A/videos>. Acesso em: 09 ago. 2021.

_____. **Episódio 1 - Regionalização**: Segurança jurídica e viabilidade econômica. Disponível em: <https://youtu.be/X85OrOwWhMU>. Acesso em: 21 mar. 2021.

_____. **Regulação discricionária e regulação contratual**: diferenças e semelhanças. Disponível em: https://www.youtube.com/channel/UC0QWPhkI_2_ycnsxg__fEkA/videos. Acesso em: 31 jul. 2021.

_____. **Saneamento Básico**: Decreto 10.710 comete erro no tratamento das PPPs. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=d6xDzXGBZD0> . Acesso em: 12 ago. 2021.

ZANCHIM, Kleber Luiz. Concessões comuns subvencionadas no setor de saneamento. *In*: LUNA, Guilherme Gomes; *et al.* **Saneamento básico**: temas fundamentais, propostas e desafios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017.

ZOCKUN, Maurício. As competências normativas da Agência Nacional das Águas e Saneamento Básico (ANA) em razão do advento da Lei Federal 14.026, de 2020, modificativa do “marco legal” do saneamento. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____, Maurício. **Regime constitucional da atividade notarial e de registro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018.