

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RAFAEL VIANA RANGEL DE PAULA

DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

São Paulo

2014

RAFAEL VIANA RANGEL DE PAULA

DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Projeto de Pesquisa e Monografia Jurídica, apresentado à Banca examinadora do Curso de Especialização em Direito Administrativo da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE – da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, sob a orientação da Prof^a. Ms. Angélica Petian.

São Paulo

2014

BANCA EXAMINADORA

Autorizo, exclusivamente para fins científicos e acadêmicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processo de fotocópias ou eletrônicos. São Paulo, 25 de setembro de 2014.

Aos meus pais, por todo amor e
compreensão.

Ao meu irmão, meu melhor amigo.

À Valéria, por sempre estar ao meu lado.

Obrigado por tudo, amo muito vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por toda a força e pelas oportunidades que me conferiu.

Agradeço a meu pai e minha mãe por terem me ensinado as lições mais importantes para o Direito, o bom senso e a humanidade. À eles, que com palavras jamais poderia expressar minha gratidão, mas que com um simples olhar já se sentem eternamente recompensados.

A meu irmão, por sempre estar ao meu lado nos momentos de adversidade e de alegria, obrigado por me ajudar a superar mais esse obstáculo na minha vida.

Agradeço a minha esposa Valéria, por nunca desistir de tentar me tornar uma pessoa melhor, e sem a qual eu jamais poderia ter entregue esse trabalho em tempo.

A minha orientadora, Prof^a. Ms. Angélica Petian, responsável por despertar em mim o interesse de aprofundamento da matéria, agradeço por toda a orientação e empenho, imprescindíveis para a elaboração do presente trabalho.

Por fim, agradeço a toda a família e amigos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a minha formação pessoal, muito obrigado a todos.

Espero ter apresentado um trabalho digno de todos.

Em um mundo no qual as forças do mercado não estejam sujeitas a um controle ou regulamentação global a paz estará permanentemente em risco.

(John Gray)

RESUMO

O presente trabalho de pós-graduação, versa sobre a delegação de serviços públicos de saneamento básico, buscando explicitar por quais meios o Estado viabiliza a prestação de serviços públicos essenciais à saúde e à dignidade da pessoa humana. Para cumprir tal missão nos dedicamos à análise da evolução histórica da prestação de serviços públicos de saneamento básico no Brasil, com foco nas formas de atuação do Estado na disponibilização de tais serviços aos cidadãos. Em seguida, passamos à análise do conceito de serviço público, abordando os requisitos e modalidades de delegação total ou parcial de serviços públicos, previstos na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais em vigor. Por fim, estudamos as inovações trazidas pela Lei Federal n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007, no que tange as exigências adicionais a serem observadas pela Administração Pública para a delegação dos serviços públicos de saneamento básico.

Palavras-chave: Direito. Administrativo. Serviço Público. Saneamento Básico. Delegação.

ABSTRACT

The following work of post-graduation is about the delegation of public sanitation services, seeking to explain by which means the state ensure the provision of public sanitation services essential to health and dignity of the human person. To fulfill this mission, we devoted to the analysis of historical evolution of the provision of public sanitation services in Brazil, focusing on the forms of state actions in the provision of such services to the citizens. Then we move to the analysis of the concept of public service, addressing the requirements and modalities of total or partial delegation of public sanitation services, predicted in federal constitution and in infraconstitutional laws in force. Finally, we studied the innovations brought by federal law number 11.445, of January 5 of 2007, regarding the additional requirements to be observed by public administration in order to delegate public sanitation services.

Keywords: Law. Administrative. Public service. Sanitation. Delegation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

Art.	Artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CEF	Caixa Econômica Federal
CEDAE	Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE
FCP/SAN	Programa de Financiamento a Concessionários Privados de Serviços de Saneamento – FCP/SAN
Min.	Ministro
P.	Página
Planasa	Plano Nacional de Saneamento Básico
PROPAR	Programa de Fomento à Parceria público / privada para prestação de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
§	Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	15
1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS FALHAS NO SISTEMA DE MERCADO	15
1.2. A EVOLUÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL NO SISTEMA DE MERCADO	17
1.3. O ESTADO SOCIAL NO BRASIL E A TENDÊNCIA ATUAL DE ATUAÇÃO PARA A DISPONIBILIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO	19
2. DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO	26
2.1. CARACTERIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	26
2.2. TITULARIDADE	28
2.3. GESTÃO ASSOCIADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS – CONSÓRCIOS PÚBLICOS E CONVÊNIOS DE DELEGAÇÃO.....	34
2.4. ENTES ENCARGADOS DA DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO.....	42
2.5. MODALIDADES DE DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO	44
2.6. REQUISITOS DE VALIDADE DA DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO	58
2.6.1. EXISTÊNCIA DE PLANO DE SANEAMENTO BÁSICO.....	61
2.6.2. EXISTÊNCIA DE ESTUDO COMPROVANDO A VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA DA PRESTAÇÃO UNIVERSAL E INTEGRAL DOS SERVIÇOS, NOS TERMOS DO RESPECTIVO PLANO DE SANEAMENTO BÁSICO	67
2.6.3. EXISTÊNCIA DE NORMAS DE REGULAÇÃO QUE PREVEJAM OS MEIOS PARA O CUMPRIMENTO DAS DIRETRIZES DA LEI DE SANEAMENTO, INCLUINDO A DESIGNAÇÃO DA ENTIDADE DE REGULAÇÃO E DE FISCALIZAÇÃO	70
2.6.4. REALIZAÇÃO PRÉVIA DE AUDIÊNCIA E DE CONSULTA PÚBLICA SOBRE O EDITAL DE LICITAÇÃO NO CASO DE CONCESSÃO, E SOBRE A MINUTA DO CONTRATO.....	74
2.7. PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO	77

2.8. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE FORMA INTERDEPENDENTE	
78	
2.9. DELEGAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO EM	
VIGOR – REGRAS DE TRANSIÇÃO	79
CONCLUSÃO.....	86

INTRODUÇÃO

A economia é a disciplina que busca equacionar o problema que emerge de duas constatações básicas: as necessidades humanas são infinitas e os recursos para atendê-las são escassos. Ela é definida com sobriedade por Fábio Nusdeo como a “administração da escassez”, sendo aplicada na “escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas”.

A humanidade na missão de melhor administrar os recursos, desenvolveu teorias, consolidadas em modelos e sistemas econômicos, com o intuito de obter a melhor distribuição dos recursos escassos dentro da sociedade.

Como é bem sabido, o Brasil sempre adotou o sistema de autonomia para disciplinar o processo econômico do país, adotando o mercado como instituição básica para satisfação das necessidades humanas.

Diante dessa escolha, o arcabouço jurídico pátrio fornece as bases institucionais para que o sistema de mercado prospere, o que ocorre com a proteção da livre iniciativa e livre concorrência.

Contudo, não apenas o Direito legitima o sistema econômico eleito pelos Estados como acaba lhe atribuindo feições específicas ao estabelecer normas jurídicas instrumentais à obtenção de resultados - esses nem sempre de natureza econômica – havendo uma interação recíproca entre as duas ciências.

Assim, apesar de proteger a livre iniciativa e livre concorrência, o Brasil submete as bases institucionais do sistema de mercado a finalidade última da ordem econômica, ou seja, a garantia de dignidade a todos, sob os ditames da justiça social.

É nessa linha que a Constituição Federal, ao mesmo passo que agasalha o sistema de mercado, com as características inerentes de autonomia na execução de atividades econômicas pela iniciativa privada, atribui ao Estado a obrigação de disponibilização de determinados serviços essenciais à dignidade da pessoa humana.

No contexto da prestação de serviços públicos de saneamento básico, a evolução da forma de atuação do Estado brasileiro na disponibilização de tais serviços públicos foi marcada pela inicial assunção da prestação direta dos serviços públicos pelo Estado (modelo Planasa), evoluindo até a tendência atual em que o Estado atua de forma intensiva no planejamento e na regulação dos serviços públicos, delegando a prestação direta dos serviços públicos a terceiros.

É nesse contexto que a Lei Federal n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007¹, traz relevantes inovações quanto as obrigações de planejamento e regulação dos serviços públicos de saneamento básico, aprofundando e detalhando as condições de controle de tais serviços públicos pelo Estado quando delegados a terceiros.

¹ BRASIL. Lei Federal n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

As novas prescrições trazidas pela Lei Federal n.º 11.445/07, no que tange ao planejamento, a regulação e as condições de delegação de serviços públicos de saneamento básico, assim como os pontos pendentes de equacionamento para a melhoria das condições de disponibilização e controle de tais serviços públicos pelo Estado são os objetos de estudo do presente trabalho.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS FALHAS NO SISTEMA DE MERCADO

O princípio hedonista, bastião da ideologia liberal, toma como base o fato de que os homens sempre agem objetivando auferir o máximo de vantagens possíveis. Na esfera econômica isso se reflete em uma otimização da distribuição dos bens econômicos dentro da sociedade.

Essa otimização decorre do fato de que os agentes econômicos, na busca por lucros, levam seus bens a mercados onde estão em falta e aumentam a produção para atender a demanda em crescimento, garantindo à sociedade o suprimento de bens necessários ao atendimento de suas necessidades essenciais.

Em outras palavras, trata-se da sistematização da ambição humana como fundamento do sistema econômico, onde todas as unidades econômicas, atendendo ao seu interesse hedonista, automaticamente atuam em prol do interesse da coletividade.

Como já ressaltado, o sistema de mercado, desenvolvido a partir dos estudos de Adam Smith, parte da idéia de que a melhor forma de se garantir a qualidade e a acessibilidade aos bens econômicos se dá pela livre iniciativa das partes, que, por si só, conduz a um estado ótimo da distribuição de bens escassos a sociedade.

Contudo, tal construção teórica não previu alguns problemas crônicos inerentes ao próprio sistema de mercado, capazes de produzir sua autodestruição. Dentre tais falhas do sistema de mercado pode-se destacar a falta de mobilidade dos fatores de produção e a falta de incentivo.

Nessa linha, a concepção teórica de Adam Smith não previu a falta de mobilidade dos fatores de produção, ou seja, a teoria pressupunha que onde quer que houvesse demanda por um determinado produto ou serviço, naturalmente haveria o deslocamento dos agentes, com seus fatores de produção, para suprir a sua falta, uma vez que os preços praticados seriam mais elevados. Esse deslocamento levaria a um equilíbrio do bem ou serviço em falta.

Contudo, como se observou, os fatores de produção necessários ao desempenho da empresa são, na maior parte dos casos, de difícil mobilidade, havendo a escassez de bens e serviços em áreas de menor potencial econômico.

A seu turno, a falha de incentivo refere-se a produção de bens coletivos que podem satisfazer a necessidade de mais de uma pessoa simultaneamente, como estradas, pontes, etc. Logicamente, tendo-se em conta a natureza hedonista dos agentes, esses bens não são privilegiados para a produção ou manutenção, vez que demandam grandes investimentos e não geram receitas imediatas.

A análise de tais problemas se mostra de grande relevância, uma vez que comprometem o normal funcionamento do sistema de mercado. É devido a essas falhas

que as autoridades voltaram as suas atenções à falência da teoria da “mão invisível”, mostrando-se necessária à atuação estatal como forma de prevenir a autodestruição do sistema de autonomia.

1.2. A EVOLUÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL NO SISTEMA DE MERCADO

Na sua origem o sistema econômico de livre mercado pautou-se pela idéia do *laissez-faire, laissez-passer*, prescindindo de um Estado atuante e controlador como era o Leviatã da Idade Média.

Assim o Estado apenas teria o encargo de garantir o livre acesso de todos ao mercado, deixando que a produção e circulação de bens, valores dos bens econômicos fossem determinados pela natureza hedonista dos seres humanos.

Superada a primeira fase de mero expectador, o Estado liberal teve que se ajustar e assumir encargos antes deixados sob o jugo da “mão invisível”. As falhas inerentes ao sistema de mercado concebido por Adam Smith despontavam reclamando uma solução estatal.

Dentre tais falhas, constata-se que a rigidez dos fatores de produção e a falta de incentivo à produção de bens coletivos impactavam de forma direta a disponibilidade de serviços considerados essenciais à dignidade da pessoa humana.

Surgiram assim as primeiras intervenções estatais voltadas, primordialmente, a assegurar a sobrevivência do sistema econômico de mercado, passando o Estado a regular as ações do agente, somente na medida em que se mostrassem prejudiciais a estrutura do sistema.

Contudo, devido à incapacidade de garantir melhores condições de satisfação das necessidades humanas e, com o nascimento do conceito de Estado do bem-estar, a atuação estatal é alterada, passando a incluir a promoção de benefícios sociais, atribuída anteriormente a um processo natural do sistema de mercado.

O Estado que apenas regulava o mercado para manutenção do sistema liberal passa a interferir constantemente na economia, com a finalidade de prevenir as crises cíclicas que assolavam o sistema capitalista e promover o bem-estar social mediante a implementação de políticas públicas.

Somente com o desenvolvimento das políticas econômicas, e da visão do Estado como participante ativo da economia, dirigindo-a para os fins almejados, é que se pode vislumbrar uma atuação estatal na economia com o objetivo explícito de garantir a dignidade da pessoa humana.

De fato, é com a falência do modelo econômico liberal de Adam Smith, desencadeada com a crise de 1929, que emerge a necessidade da atuação estatal no domínio econômico de forma a garantir melhores condições de desenvolvimento das atividades econômicas e maior benefício para o bem estar social.

1.3. O ESTADO SOCIAL NO BRASIL E A TENDÊNCIA ATUAL DE ATUAÇÃO PARA A DISPONIBILIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

No Brasil, a fase de dirigismo econômico, adotada como alternativa ao modelo liberal foi iniciada na era Vargas sendo marcada pela monopolização estatal de setores da economia considerados essenciais.

O modelo foi consolidado com o governo militar resultando no agigantamento do aparato estatal com vistas a assegurar o desenvolvimento econômico aliado ao bem estar social pela intervenção direta do Estado em determinadas atividades econômicas (Estado Social).

Como reflexo do modelo intervencionista a prestação de serviços públicos essenciais à dignidade humana foi avocada para prestação direta pelo Estado, resultando em um movimento de proliferação de entes paraestatais, conforme ressaltado por Caio Tácito:

“Entre nós a curva ascendente da ação direta do Estado na ordem econômica materializa-se na criação de entes paraestatais que, não excedentes a 17 até 1930, se elevam a 70 da década de 50 para avançar até a cifra de 582 nos últimos anos do período em que a participação estatal se propõe a assumir o desenvolvimento econômico, ocupando setores dos quais se ausentava a iniciativa privada.”²

² TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres), 3º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 62.

Contudo, o modelo de intervenção estatal e prestação direta de serviços públicos pelo Estado, concebido para garantir a prestação de serviços essenciais à sociedade mostrou-se incapaz de atender a seu objetivo em decorrência da burocratização das estruturas estatais, entre outros problemas econômicos conjunturais. Os motivos que originaram a decadência do modelo do Estado Social são explicitados por Leila Cuéllar e Arnoldo Wald:

“O crescimento desmesurado do Estado Social, determinado pela ampliação de suas atribuições (passou o Estado a assumir a responsabilidade por inúmeras atividades e serviços, como as grandes infra-estrutura de transporte e comunicação, por exemplo), e de sua atividade interventiva, a forma burocrática de organização, os níveis elevados de gastos públicos, a crise financeira, dentre outros fatores, acarretaram a ineficiência do Estado no desempenho de muitas de suas atividades. Este quadro traduz-se na crise de um modelo de Estado, apontando a necessidade de sua revisão.”³

“Por outro lado, não há como deixar de reconhecer a ineficácia e o alto custo, com indiscutíveis repercussões inflacionárias, dos serviços públicos que atuam nas áreas em que a empresa privada pode desempenhar as suas atividades, submetendo-se as leis do mercado e arcando com os riscos econômicos que ela deve aceitar na sociedade contemporânea. O déficit de numerosas estatais e a ineficiência de tantas outras, assim como o chamado “custo Brasil”, justificaram e, em alguns casos, continuam justificando a privatização das empresas públicas e as concessões de obras e serviços públicos, por motivos de ordem econômica e política, para que o setor privado possa assumir a liderança do desenvolvimento do país.

³ CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo. São Paulo: Dialética, 2001. p. 55.

Ocorre que, diante da multiplicidade das suas tarefas e da consequente falta de recursos que enfrenta, o Estado deixou de cumprir adequadamente as suas funções básicas, inclusive relativas à segurança, educação e saúde, de tal modo que os serviços públicos essenciais estão funcionando mal, em virtude da própria sobrecarga de atribuições que o Poder Público aceitou, afastando, muitas vezes, a iniciativa privada ou com ela competindo indevidamente.”⁴

Especificamente na área de serviços públicos de saneamento básico, a falência do modelo de prestação direta de tais serviços pelo Estado encontra seu apogeu no fracasso do modelo Planasa.

O Planasa, instituído pela Lei Federal n.º 6.528, de 11 de maio de 1978⁵, e regulamentado pelo Decreto Federal n.º 82.587, de 06 de novembro de 1978⁶ foi estruturado pelo Governo Federal, buscando centralizar a prestação de serviços públicos de saneamento básico em companhias estaduais criadas para tal fim.

Basicamente, o modelo foi fomentado por meio da restrição do acesso dos recursos do sistema financeiro do saneamento às companhias estaduais de saneamento básico, o que gerou um movimento de centralização da prestação de tais serviços nas companhias estaduais.

⁴ WALD, Arnoldo. O direito de Parceria e a lei de concessões. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 13.

⁵ BRASIL. Lei Federal n.º 6.528, de 11 de maio de 1978. Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

⁶ BRASIL. Decreto Federal n.º 82.587, de 06 de novembro de 1978. Regulamenta a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978, que dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

Contudo, conforme asseverado, por força da crise financeira que culminou na falência do banco nacional de habitação (gestor do sistema financeiro do saneamento) em 1986, o modelo Planasa foi gradativamente desativado, consolidando a crise institucional do modelo de prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico pelo Estado.

Como resultado da crise e, diante de um cenário de progressiva abertura econômica e democratização que gerou a renovação da empresa privada, a concepção do Estado Social intervencionista é mitigada, havendo movimento pendular de gradual retorno das atribuições de prestação de serviços públicos para a iniciativa privada, por meio do incentivo a concessões de serviços públicos. É o que esclarece Caio Tácito:

“A linha de transformação do Estado empresário é uma constante moderna do direito público, notadamente, com o declínio das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

(...)

Afinado com parâmetros de direito comparado, o modelo brasileiro mantém suas peculiaridades, na transferência de atividades públicas para a gestão privada, segundo três vertentes principais.

Primeiramente, obrigada no artigo 175 da Constituição, a exploração direta de determinados serviços públicos passa a ser exercida por empresa privada, sob o regime de concessão ou permissão.”⁷

Como se observa, como resultado da mudança do paradigma de atuação do Estado para assegurar a prestação de atividades e serviços públicos à população, a

⁷ TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres), 3º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 66.

Constituição Federal de 1988⁸, consagrou a possibilidade de prestação indireta de serviços públicos pelo Estado, conforme se infere do art. 175, *in verbis*:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

A mudança de paradigma, com a possibilidade de delegação da prestação de serviços públicos para a iniciativa privada, resultou da experiência mal sucedida de execução dos serviços públicos diretamente pelo Estado, vindo ao encontro dos anseios de eficiência na prestação dos serviços públicos, conforme elucida Maria Sylvia Zanella de Pietro:

“Com isso, a parceria serve ao objetivo de diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração, com a conseqüente extinção ou diminuição de órgãos públicos e entidades da administração indireta, e diminuição do quadro de servidores; serve também ao objetivo de fomento à iniciativa privada, quando seja deficiente, de modo a ajudá-la no desempenho de atividades de interesse público; e serve ao objetivo de eficiência, porque introduz, ao lado ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente (segundo os idealizadores da Reforma), seriam mais adequados a esse fim de essência.”⁹

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23.

O fomento à nova linha de atuação estatal na disponibilização de serviços públicos de saneamento básico pode ser demonstrado pela celebração, em 1997, de convênio de cooperação mútua entre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e pela Caixa Econômica Federal – CEF, tendo por objeto a promoção da desestatização do setor de saneamento básico, tendo destaque a instituição dos Programa de Fomento à Parceria público / privada para prestação de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário - PROPAR, o Programa de Financiamento a Concessionários Privados de Serviços de Saneamento – FCP/SAN e o Programa de Investimento em Concessões Privadas para Prestação de Serviços de Saneamento¹⁰.

É importante destacar que o novo modelo predominante de atuação estatal, antes de representar o distanciamento do Estado de sua obrigação de disponibilizar serviços públicos aos cidadãos, configura uma melhora qualitativa de sua forma de atuação, com vistas a superar os entraves que acabaram por determinar a falência do modelo de execução direta dos serviços pelo Estado.

De fato, ao privilegiar a delegação dos serviços públicos, o foco de atuação estatal é alterado, havendo a substituição do Estado provedor de serviços públicos pelo Estado focado no planejamento, fiscalização e regulação dos serviços delegados.

A preocupação com a forma de atuação estatal em face da necessidade de manutenção de serviços adequados, ainda que prestados pela iniciativa privada, já

¹⁰ WALD, Arnoldo. O direito de Parceria e a lei de concessões. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 573 e 574.

havia sido refletida em obrigações mínimas relacionadas ao planejamento, fiscalização e regulação a serem observadas pela Administração Pública, conforme Lei Federal n.º 8.987/95¹¹.

Contudo, especificamente no que tange a prestação de serviços públicos de saneamento básico, é com a edição da Lei Federal n.º 11.445/07 que são aprimorados os mecanismos de planejamento, fiscalização e regulação nos casos em que o serviço público é delegado a terceiros.

Conforme será exposto nos capítulos seguintes, as obrigações gerais de regulação da prestação de serviços públicos delegados trazidas pela Lei Federal n.º 8.987/95 ganham contornos mais delineados e força coercitiva com a Lei Federal n.º 11.445/07, apontando para um estágio de maior democratização e preocupação com a condução e acompanhamento de serviços públicos essenciais a viabilidade da finalidade última da ordem econômica: a superação das injustiças na repartição do produto econômico, em nível micro e macroeconômico¹².

¹¹ BRASIL. Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

¹² GRAU. Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 224.

2. DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

2.1. CARACTERIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Ainda que não seja o foco principal do presente trabalho, cumpre-nos fixar algumas premissas básicas sobre o conceito de serviços públicos.

Tal esclarecimento é salutar para evitar a impropriedade na utilização do termo “serviço público”, o qual, sob a ótica técnico-jurídica possui contornos próprios que lhe são atribuídos pelo ordenamento jurídico, no que concerne ao regime de direito público ao qual encontra-se submetido.

Para cumprir tal mister nos abeberamos nas lições do Ilustre Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, que define com propriedade que:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”¹³

¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 2006, p. 642.

Da definição acima, depreende-se que a noção de serviço é composta de três principais elementos: (i) prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; (ii) prestação em regime de Direito Público; e, (iii) instituição em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

É de se ressaltar o alerta formulado por Arnaldo Wald no sentido de que “a noção de serviço público há de ser essencialmente evolutiva, condicionada pela época e pelo meio social”¹⁴.

Desta forma, na evolução histórica da sociedade brasileira, assim como das demais sociedades, as atividades podem ou não ser conceituadas como serviço público, dependendo da efetiva interpretação da sociedade quanto a caracterização de referidas atividades como um oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade.

Em outras palavras, para que um serviço seja considerado público é necessário que consista em uma utilidade ou comodidade ao cidadão, determinados por Lei e passíveis de individualização, o que permite a cobrança de tarifas.

No ordenamento jurídico pátrio não há margem de dúvida doutrinária ou jurisprudencial quanto a caracterização do saneamento básico como serviço público. É o que se infere do art. 2º da Lei Federal n.º 11.445/07 que prevê:

¹⁴ WALD, Arnaldo. O direito de Parceria e a lei de concessões. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 142.

“Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...)” (Grifo nosso)

A caracterização do saneamento como serviço público é de essencial importância para delimitação do arcabouço legal aplicável a delegação de referidos serviços pelo Estado.

2.2. TITULARIDADE

A titularidade dos serviços públicos de saneamento básico é incumbida aos Municípios por força do art. 30, inciso V da Constituição Federal:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”

Desta forma, uma vez que o saneamento básico é caracterizado como um serviço público de interesse local, resta assentada a titularidade dos Municípios para delegação de referidos serviços.

Esse é o entendimento sedimentado junto ao Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. AUTONOMIA MUNICIPAL PARA FIXAR TARIFAS DE SERVIÇO PÚBLICO LOCAL. ART. 15, INCISO II, ALÍNEA B, DA EMENDA N.

1/1969. LEI N. 1.741/1984 E DECRETO N. 111/84, AMBOS DO MUNICÍPIO DE MARINGÁ-PR. LEI FEDERAL N. 6.528/1978 E DECRETO FEDERAL N. 82.587/1978. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não ofende o art. 15, inc. II, alínea b da Emenda n. 1/1969 a Lei n. 1.741/1984 e o Decreto n. 111/1984 do Município de Maringá-PR, editados no exercício da competência municipal para dispor sobre a organização dos serviços públicos locais, dentre os quais se incluem o serviço de água e esgoto. 2. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.” (RE 117.809/PR, STF, Plenário, Min. Rel. Cármen Lúcia, julgamento em 10/02/2011)

Inobstante restar assentado e incontestado que a titularidade dos serviços públicos é constitucionalmente atribuída aos Municípios, cumpre-nos analisar a titularidade de tais serviços públicos no âmbito das regiões metropolitanas regularmente instituídas pelos Estados-membro.

De fato, a Constituição Federal, ao mesmo passo que estabelece a competência municipal para organizar a prestação de serviços públicos de interesse local, atribui aos Estados-Membro competência para instituir regiões metropolitanas para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. É o que estabelece o art. 25, parágrafo 3º da Constituição Federal:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...)

§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”

Diante de tal disposição constitucional emerge o questionamento sobre a titularidade dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento nas regiões metropolitanas instituídas pelos Estados-membro no âmbito de sua competência constitucional.

Buscando dirimir a questão, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual n.º 87/1997¹⁵, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que nas regiões metropolitanas o exercício da titularidade sobre a organização e prestação dos serviços públicos deve ser realizada em conjunto pelos entes integrantes da região metropolitana, concluindo:

“A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal.

(...)

Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito

¹⁵ RIO DE JANEIRO. Lei Complementar n.º 87, de 16 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a região metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, e sobre a microrregião dos lagos, define as funções públicas e serviços de interesse comum e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.alerj.rj.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.” (ADI 1.842/RJ, STF, Plenário, Min. Rel. Luiz Fux, julgado em 06/03/2013)

Como se nota, da decisão do Supremo Tribunal Federal, resta assentado que a integração do Município a região metropolitana legalmente instituída pelo Estado-membro é compulsória, não havendo esvaziamento de sua competência constitucional de organizar os serviços públicos locais na medida em que a participação de cada Município e do Estado deve ser concebida sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto sobre os demais entes da região metropolitana.

Apesar de ser sabido que o Supremo Tribunal Federal não pode se sobrepor ao Poder Legislativo de qualquer ente da federação, certo é que a decisão proferida em nada esclareceu quanto ao ponto nodal da discussão levada a apreciação judicial por meio da ADI 1.842/RJ. De fato, em caso de conflito entre os entes da região metropolitana relacionado a organização dos serviços públicos de interesse local, não restou assentado qual decisão prevaleceria se do ente federado com interesse local, se dos demais entes que integram a região metropolitana.

Inobstante a omissão quanto a referido ponto, pela análise da decisão do Supremo Tribunal Federal pode-se depreender que, havendo a edição de lei estadual instituindo região metropolitana, em que fixassem condições equânimes de participação no processo decisório quanto a organização de serviços públicos, não se configuraria

inconstitucionalidade ou limitação ao exercício da competência municipal fixada no art. 30, inciso V da Constituição Federal, o que, com a devida vênia, ousamos discordar.

De fato, não há como ignorar o amesquinamento da competência municipal para organização de serviços públicos de interesse local, quando os demais entes que integram a região metropolitana podem, independentemente do consentimento do município, adotar alternativa para a organização dos serviços públicos divergente daquela que seria adotada pelo município caso este exercesse de forma efetiva a competência fixada no art. 30, inciso V da Constituição Federal.

Além disso, com a decisão do Supremo Tribunal Federal de modular os efeitos da decisão, atribuindo o prazo de 24 (vinte e quatro) meses a contar da data de conclusão do julgamento, para que o legislador estadual reaprecie o tema - constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado, sem que haja concentração do poder – houve cenário de maior instabilidade jurídica nos municípios integrantes de região metropolitana, com o claro desincentivo que procedam a delegações de serviços públicos antes da edição de lei emanada por outro ente federado disciplinando as condições de participação dos entes em cada região metropolitana.

Ao nosso ver, nos parece mais acertada a linha adotada pelo Ilustre Professor Eros Grau, na ocasião em que procedeu a vista dos autos da ADI 2.340/SC, em que se manifestou:

“35. Em síntese, a competência para a prestação dos chamados serviços comuns permanece sob a titularidade dos Municípios; a eles incumbe a delegação a entidade da Administração Indireta ou a outorga de concessão a empresa privada, quando a sua prestação for empreendida não diretamente por eles.

36. Isso permanece a ocorrer ainda quando se trate de Municípios integrados em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião instituída por lei complementar estadual. Neste caso incumbirá ao Estado-membro tão somente prover no sentido integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, isto é, execução dos serviços comuns. À prestação desses serviços corresponde uma função [= dever-poder] de caráter intermunicipal, essa prestação incumbe à Administração intermunicipal, vale dizer, aos Municípios solidariamente, de modo integrado no que concerne a sua organização, ao seu planejamento e a sua execução. Ao Estado-membro nada incumbe além de mediante lei complementar instituir a região metropolitana, a aglomeração urbana ou a microrregião, dispondo a respeito daquela integração, naturalmente sem qualquer comprometimento das autonomias municipais.” (ADI 2.340/SC, STF, Plenário, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, julgado em 06/03/2013)

A linha adotada por Eros Grau ao pedir vista do processo em referência apesar de não esclarecer quanto a solução de eventuais controvérsias oriundas do exercício conjunto da titularidade da organização dos serviços públicos de saneamento básico¹⁶ é salutar na medida em que distingue de forma clara a competência estadual de instituir regiões metropolitanas e de compelir os municípios a organização conjunta de serviços públicos

¹⁶ Ao nosso ver, a ausência de manifestação do Ministro Eros Grau quanto a esse ponto não foi despropositada, uma vez que o caso em análise (ADI 2.340/SC) não versava sobre o exercício da titularidade de serviços públicos em regiões metropolitanas. Ainda, na ADI 1.842/RJ, o Ministro Eros Grau deixou de participar da votação, por suceder ao Ministro Maurício Corrêa que proferira voto plenário em 08 de março de 2006.

de saneamento básico e a competência dos municípios que integram referida região metropolitana de exercer a titularidade efetiva de organização de referidos serviços.

Pelo nosso entendimento a posição adotada por Eros Grau é a que melhor se coaduna com o exercício conjunta da competência estadual fixada no art. 25, parágrafo 3º da Constituição Federal e da competência municipal fixada no art. 30, inciso V da Constituição Federal.

Ainda para complementação da posição esboçada por Eros Grau por ocasião do voto vista proferido na ADI 2.340/SC, ousaríamos imaginar que seu posicionamento em caso de conflito no exercício da competência entre os entes municipais da região metropolitana, seria o de atribuir, de acordo com o caso concreto, a titularidade do exercício da organização de referidos serviços públicos ao ente que demonstrasse a prevalência de interesse local, ocasião em que deveria se reconhecer a titularidade da organização ao município, ou do interesse interlocal (interesses comuns de municípios conturbados), ocasião em que deveria se reconhecer a titularidade conjunta da organização aos municípios da região metropolitana, ainda que em contrariedade ao interesse de determinado ente municipal.

2.3. GESTÃO ASSOCIADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS – CONSÓRCIOS PÚBLICOS E CONVÊNIOS DE DELEGAÇÃO

Como se viu do item anterior a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico é definida de acordo com a inserção ou não inserção do município em região metropolitana regularmente instituída pelo Estado-membro, sendo:

- (i) Em caso de não inserção do município em região metropolitana regularmente instituída pelo Estado-membro: titularidade exercida exclusivamente pelo município; e,
- (ii) Em caso de inserção do município em região metropolitana regularmente instituída pelo Estado-membro: titularidade da organização dos serviços exercida pelo município em conjunto com os demais entes municipais inseridos na região metropolitana, com atribuição de competência ao Estado-membro, exclusivamente, para dispor sobre as condições de integração da referida região metropolitana.

Cumpre-nos agora destacar outra modalidade de exercício de titularidade para a organização de serviços públicos de saneamento básico consistente na gestão associada por meio da instituição de consórcios públicos e da celebração de convênios de cooperação.

O motivo de se destacar os consórcios públicos e convênios de cooperação das demais condições de definição da titularidade para organização de serviços públicos de saneamento básico reside na voluntariedade de sua instituição.

De fato, a atribuição da titularidade em municípios integrantes e não integrantes de regiões metropolitanas decorre de competências atribuídas pela própria constituição e independem de qualquer manifestação de vontade dos municípios.

A seu turno, uma das principais características da instituição dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação é a voluntariedade de adesão dos entes consorciados e da voluntariedade da celebração de convênios de cooperação, razão pela qual os institutos se caracterizam em verdadeira expressão do exercício da titularidade na organização de serviços públicos. Referida característica é ressaltada por Alice Gonzalez Borges em relação aos consórcios públicos, sendo o raciocínio igualmente aplicável aos convênios de cooperação:

“Mas as peculiaridades do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (em que os municípios constituem unidades federativas e em que todas as unidades federativas gozam de autonomia política, organizacional e administrativa, conforme rezam os artigos 1º e 18 da Constituição) levaram a que se operasse a construção de um tipo de consórcio próprio, diferente, tipicamente brasileiro, com a seguinte caracterização:

(...)

2 – Preservação da competência constitucional de cada ente federado, para livremente decidir:

PARTICIPAR do consórcio

ou NÃO PARTICIPAR do consórcio

ou RETIRAR-SE do consórcio, a qualquer tempo”¹⁷

¹⁷ BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos: nova sistemática e controle. Revista Gestão Pública e Controle. Salvador, ano 1, n.1, p. 185-210, 206-207, 2005.

Como se nota por meio de referidos institutos, os titulares dos serviços públicos optam voluntariamente por exercer a competência constitucional de organização de serviços públicos de forma associada a outros entes da federação.

Em referidos institutos não há delegação da competência constitucional de organização dos serviços públicos pelos titulares, como leva a crer o art. 8º da Lei Federal nº 11.445/07¹⁸, mas mero exercício compartilhado da gestão de serviços públicos com outro ente federado, sob pena de violação as disposições do art. 30, inciso V e art. 25, parágrafo 3º da Constituição Federal. De fato, a manutenção da titularidade resta caracterizada pela própria voluntariedade do vínculo originado dos consórcios públicos e convênios de cooperação que, a qualquer tempo, podem ser extintos pelos entes federados, observadas as formalidades legais.

Os consórcios públicos assim como o convênio de cooperação têm respaldo constitucional no art. 241 da Carta Magna, que estabelece:

“Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

¹⁸ “Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.”

Os institutos são disciplinados infraconstitucionalmente por meio da Lei Federal n.º 11.107/05¹⁹ e regulamentados no âmbito da Administração Pública Federal pelo Decreto Federal n.º 6.017/07²⁰.

Os consórcios públicos são assim definidos por Maria Sylvia Zanella de Pietro:

“Diante do exposto e com todas as ressalvas quanto à forma como foram disciplinados, podem-se conceituar os consórcios públicos, perante a Lei nº 11.107/05, como associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos.”²¹

A seu turno, o convênio de cooperação é assim definido no Decreto Federal n.º 6.017/07:

“Art. 2º (...)

VIII - convênio de cooperação entre entes federados: 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;”

¹⁹ BRASIL. Lei Federal n.º 11.107, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

²⁰ BRASIL. Decreto Federal n.º 6.017, de 07 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O consórcio Público na Lei nº 11.107, de 6.4.05. Fórum de Contratação e Gestão de Pública – FCGP. Ano 4, nº 46. Belo Horizonte: Editora Fórum. P. 1223.

Para os efeitos do presente trabalho, não nos debruçaremos sobre o detalhamento das condições de formalização de consórcios públicos ou convênios de cooperação, bastando restar assentado que tais instrumentos representam mecanismos legítimos para o exercício da gestão associada dos serviços públicos de saneamento básico.

Contudo, apenas para não incorrermos no risco de categorizar de forma idêntica os dois institutos, cumpre-nos tecer breves considerações sobre o principal ponto de distanciamento dos dois institutos, assim como do delineamento das atribuições definidoras da gestão associada para cada instituto.

De fato, a diferenciação nodal entre os dois institutos é que, no consórcio público, o titular exerce a gestão associada por meio da criação de uma nova pessoa jurídica, composta em consórcio com outros entes federados. A partir de sua instituição o consórcio estará autorizado, do art. 8º da Lei Federal n.º 11.445/07 e nos termos do art. 2º, parágrafos 1º, 2º e 3º e art. 13, parágrafo 5º da Lei Federal n.º 11.107/05, a:

- (i) a organização²², regulação, a fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico;
- (ii) firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

²² Em relação ao ponto da possibilidade de delegação da organização dos serviços públicos entendemos que o termo “organização, constante do art. 8º da Lei Federal n.º 11.445/07 não pode ser interpretado na mesma acepção utilizada no art. 30, inciso V da Constituição Federal, por extrapolar a faculdade conferida no art. 241 da Constituição Federal que se limita a gestão associada dos serviços públicos.

- (iii) nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público;
- (iv) ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação;
- (v) emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado;
- (vi) outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor;
- (vii) celebrar contrato de programa junto a entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes consorciados, com dispensa de licitação (art. 24, inciso XXVI da Lei Federal n.º 8.666/93), para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

A seu turno, os convênios de cooperação são caracterizados como um pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão

associada de serviços públicos, não havendo criação de nova pessoa jurídica entre os membros conveniados.

Adicionalmente, no que concerne à delegação de atribuições do titular dos serviços públicos de saneamento básico ao ente conveniado resta evidenciada maior limitação se comparado com a margem de atuação atribuída aos consórcios públicos.

Assim, as atividades passíveis de delegação pelo titular dos serviços públicos de saneamento básico no convênio de cooperação consistem, nos termos do art. 8º da Lei Federal n.º 11.445/07 e art. 13, parágrafo 5º da Lei Federal n.º 11.107/05, a:

- (i) a organização²³, regulação, a fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico;
- (ii) celebrar contrato de programa junto a entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta do ente conveniado, com dispensa de licitação (art. 24, inciso XXVI da Lei Federal n.º 8.666/93²⁴), para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

²³ Em relação ao ponto da possibilidade de delegação da organização dos serviços públicos entendemos que o termo “organização, constante do art. 8º da Lei Federal n.º 11.445/07 não pode ser interpretado na mesma acepção utilizada no art. 30, inciso V da Constituição Federal, por extrapolar a faculdade conferida no art. 241 da Constituição Federal que se limita a gestão associada dos serviços públicos.

²⁴ BRASIL. Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

2.4. ENTES ENCARREGADOS DA DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Da análise realizada nos títulos 2.2 e 2.3 do presente trabalho resulta que o ente encarregado da delegação da prestação dos serviços públicos será definido com base em dois parâmetros objetivos: a inserção ou não inserção do município em região metropolitana e, independente do critério anterior, a constituição ou não constituição de consórcio público com atribuição expressa de poderes de delegação da concessão e contrato de programa²⁵.

- (i) Em caso de não inserção do município em região metropolitana regularmente instituída pelo Estado-membro: delegação encarregada ao município; e,
- (ii) Em caso de inserção do município em região metropolitana regularmente instituída pelo Estado-membro: delegação encarregada ao conjunto de entes municipais inseridos na região metropolitana.

Após a definição do parâmetro da inserção ou não inserção do município em região metropolitana há de ser avaliado se o titular dos serviços públicos de saneamento básico (municípios ou conjunto de município da região metropolitana) constituiu

²⁵ A exigência de previsão expressa no Contrato de Consórcio sobre a possibilidade de outorga de concessão de serviços públicos é prevista no art. 2º, parágrafo 3º da Lei Federal n.º 11.107/05, enquanto a exigência de previsão expressa no Contrato de Consórcio sobre a possibilidade de celebração de contrato programa decorre da disposição constante do art. 13, parágrafo 5º da Lei Federal n.º 11.107/05.

consórcio público com atribuição expressa de poderes de delegação da concessão e contrato de programa no contrato de consórcio. Em caso de resposta afirmativa, o consórcio público será encarregado da delegação da prestação dos serviços públicos, independente de quem exercer a titularidade de referidos serviços.

É importante destacar que, de acordo com nosso posicionamento, os convênios de cooperação não têm o condão de transferir ao ente conveniado a possibilidade de delegação de serviços públicos por meio de outorga de concessão por ausência de previsão de tal possibilidade na Lei Federal nº 11.107/05, o que não significa que referida previsão não pudesse ter sido incluída pelo legislador infraconstitucional, com base na competência atribuída pelo art. 241 da Constituição Federal.

Nesse sentido, o art. 8º da Lei Federal n.º 11.445/07, ao permitir a delegação da organização dos serviços públicos ao ente conveniado ou consorciado, submeteu referida possibilidade aos ditames da Lei Federal n.º 11.107/05, que não prevê a possibilidade de outorga de concessão para o ente conveniado.

Adicionalmente, pelo fato do ente conveniado somente poder exercer a atividade de delegação dos serviços públicos por meio da celebração de contrato de programa e, considerando que referido contrato, em última instância, deve ser previamente aprovado pelo titular dos serviços públicos ou pelo Consórcio Público, verifica-se que apenas do ponto de vista teórico que o ente consorciado pode ser considerado como ente responsável pela delegação, posto haver total esvaziamento das funções que

compõe a atribuição de delegação de referidos serviços (definição das condições de execução dos serviços, etc.).

Em vista de tais considerações preferimos caracterizar o Convênio de Cooperação, seguido de Contrato de Programa, dentro das modalidades de delegação, do que inseri-lo como instrumento de transferência de atribuições de delegação dos serviços públicos de saneamento básico pelos titulares.

2.5. MODALIDADES DE DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Conforme já destacado, o foco do presente é a delegação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Inobstante, ainda que perfunctoriamente, cumpre-nos abordar as possíveis formas de prestação dos serviços públicos que não são efetivamente caracterizadas como delegação, seja porque o ente titular dos serviços é quem o presta, seja pelo aspecto excepcional de sua prestação.

A primeira hipótese de delegação da prestação de serviços públicos é a preconizada no art. 8º da Lei Federal n.º 11.445/07 e art. 2º da Lei Federal n.º 11.107/05, consistindo na sua prestação direta pelo Consórcio Público integrante da administração indireta do titular.

Nesse mister os titulares dos serviços públicos podem realizar a sua prestação direta por departamento criado para tal fim ou atribuir tal prestação a qualquer ente integrante de sua Administração indireta.

Encartado dentro das espécies de execução direta da prestação de serviços públicos pelos titulares dos serviços públicos, verifica-se a possibilidade de sua execução direta por consórcio público²⁶, com fundamento no art. 8º da Lei Federal n.º 11.445/07 e art. 2º da Lei Federal n.º 11.107/05.

Neste ponto, há que se destacar uma discussão teórica quanto a caracterização de tal modalidade como delegação da prestação de serviços públicos ou como modalidade de prestação direta pelo ente titular dos serviços públicos. Tal dúvida se dá pelo fato do art. 6º, parágrafo 1º da Lei Federal n.º 11.107/05 prever que o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

De outra sorte, não apenas pode o consórcio público revestir-se de personalidade jurídica de direito público como pode revestir-se de personalidade jurídica de direito privado, conforme autoriza o art. 6º, inciso II da Lei Federal n.º 11.107/05. Referida possibilidade é severamente criticada pela doutrina, encabeçada pela Professora Maria Sylvia Zanella de Pietro:

²⁶ Nesse ponto ressaltamos que os consórcios públicos podem ser tanto caracterizados como instrumentos hábeis a transferir as atribuições de delegação dos serviços públicos, como podem assumir a feição instrumento que viabiliza a prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico por intermédio do consórcio público.

“Do exposto decorre que o chamado consórcio público passa a constituir-se em nova espécie de entidade da Administração indireta de todos os entes federados que dele participarem. Embora o art. 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade de direito privado. Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixa-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada.”²⁷

Albergados pela lapidar lição da ilustre doutrinadora, cumpre-nos ressaltar que, para fins do presente trabalho, a prestação de serviços públicos de saneamento básico por consórcio público foi caracterizada como modalidade de prestação direta dos serviços públicos, posto que, em uma ou outra forma que assuma, o consórcio público, invariavelmente, integrará a Administração indireta dos entes consorciados. Em referida hipótese, mesmo integrando a administração indireta do titular dos serviços públicos, as condições de prestação dos serviços devem ser reguladas por contrato de programa, por força do que dispõe o art. 13 da Lei Federal n.º 11.445/07.

Adicionalmente, em caráter excepcional, a Lei Federal n.º 11.445/07 admite a prestação de serviços públicos a título precário, sem a necessidade de celebração de contrato ou outorga de delegação, para o caso específico de convênios e outros atos de delegação celebrados até o dia 6 de abril de 2005. É o que estabelece, o art. 10, parágrafo 1º, inciso II da Lei Federal n.º 11.445/07, que prevê:

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O consórcio Público na Lei nº 11.107, de 6.4.05. Fórum de Contratação e Gestão de Pública – FCGP. Ano 4, nº 46. Belo Horizonte: Editora Fórum. P. 1223.

“Art. 10. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

§ 1º Excetuam-se do disposto no caput deste artigo:

I - os serviços públicos de saneamento básico cuja prestação o poder público, nos termos de lei, autorizar para usuários organizados em cooperativas ou associações, desde que se limitem a:

- a) determinado condomínio;
- b) localidade de pequeno porte, predominantemente ocupada por população de baixa renda, onde outras formas de prestação apresentem custos de operação e manutenção incompatíveis com a capacidade de pagamento dos usuários;

II - os convênios e outros atos de delegação celebrados até o dia 6 de abril de 2005.”

A hipótese é ao meu ver acertada no que tange aos convênios firmados até o dia 06 de abril de 2005, posto que, até essa data, não havia a regulamentação infraconstitucional do art. 241 da Constituição Federal (Lei Federal nº 11.107, com início de vigência em 07 de abril de 2005).

Desta forma, havendo o emprego do instrumento de convênio como em dissonância com as disposições 11.107/05, não há como considera-los nulos se celebrados antes da data da vigência da lei que regulamentou os consórcios públicos, sob pena de vulneração de ato jurídico perfeito. Obviamente, para serem considerados válidos, tais convênios devem ter observado as demais disposições legais vigentes na época de sua celebração.

A seu turno, o restante do inciso II, ao fazer menção a “outros atos de delegação celebrados até o dia 6 de abril de 2005”, deixa margem para interpretações ampliativas, que podem, de forma indevida, dar validade a instrumentos de delegação ilegais, realizados sem observar a exigência de prévio procedimento licitatório fixada no art. 175 da Constituição Federal.

Por sua vez, as situações expostas no art. 10, parágrafo 1º, inciso I da Lei Federal n.º 11.445/07, consistem em hipóteses em que se admite a execução de determinadas atividades de saneamento básico em localidades específicas, sem que, contudo se caracterize a prestação de serviços públicos tal como conceituada no presente trabalho, razão pela qual não teceremos maiores comentários.

Superadas as formas de prestação dos serviços públicos sem delegação, cumpre-nos expor sobre as formas pelas quais se viabiliza a sua prestação por meio de prévia delegação. Das modalidades expostas abaixo, como se verá, apenas na primeira modalidade os consórcios públicos não poderão realizar a delegação. São elas:

- (i) Delegação da prestação de serviços públicos por meio de Contrato de Programa, precedido de convênio de cooperação, com fundamento no art. 8º da Lei Federal n.º 11.445/07 e art. 13 da Lei Federal n.º 11.107/05.
- (ii) Delegação da prestação de serviços públicos por meio de outorga de concessão dos serviços públicos, com fundamento na Lei Federal n.º 8.987/95 ou Lei Federal n.º 11.079/04;

A primeira modalidade, prevista no art. 8º da Lei Federal n.º 11.445/07 e art. 13 da Lei Federal n.º 11.107/05, consiste na modalidade de delegação por meio do qual se atribui a prestação dos serviços públicos a entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação, mediante prévia celebração de convênio de cooperação entre o ente encarregado da delegação e o respectivo ente da federação a que a entidade delegada seja integrante.

Em referida modalidade, a celebração do Contrato de Programa não está condicionada a prévia licitação, por expressa previsão do art. 24, inciso XXVI da Lei Federal n.º 8.666/93. Contudo, como condição de validade, o contrato de programa deverá ser precedido da celebração de convênio de cooperação entre o ente encarregado da delegação (Município, Municípios da Região Metropolitana ou consórcio público com atribuição de tais poderes no contrato de consórcio) e o respectivo ente da federação a que a entidade delegada seja integrante.

Por sua vez, a delegação por meio de outorga da concessão de serviços públicos pode ser realizada mediante prévio procedimento licitatório, podendo ser outorgada a concessão a pessoas jurídicas de direito público integrantes da administração indireta da Administração ou a pessoas jurídicas de direito privado.

A concessão comum de serviços públicos é assim definida pelo Professor Marçal Justen Filho:

“A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.”²⁸

A delegação pode ser realizada por meio da outorga de concessão comum, regida pela Lei Federal n.º 8.987/95 ou pela outorga de concessão patrocinada, regida pela Lei Federal n.º 11.079/04²⁹. Ademais, ainda que não se caracterize como concessão de serviços públicos, também abordaremos a concessão administrativa pois, ainda que não haja prestação de serviços públicos, referida modalidade de Parceria Público-Privada vem sendo utilizada em larga escala para viabilizar a execução de obras e serviços, por longo prazo, em favor de prestadores de serviços públicos de saneamento básico.

Para a celebração de um contrato de concessão comum, seu objeto deverá ser licitado por meio de uma Concorrência, a ser realizada nos termos das Leis Federais n.º 8.666/93 e 8.987/95, podendo ser adotado como critério para a seleção do futuro Concessionário: (i) menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado (artigo 15, inciso I, da Lei Federal n.º 8.987/95); ou (ii) o maior valor oferecido à Administração Pública em pagamento de ônus da outorga referente ao Projeto (artigo 15, inciso II, da Lei Federal n.º 8.987/95). Ambos os critérios poderão, mediante decisão do Poder

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. P 510.

²⁹ BRASIL. Lei Federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

Concedente, ser combinados com o critério de análise técnica das propostas ofertadas pelos licitantes (artigo 15, incisos V e VI, da Lei Federal n.º 8.987/95), ou, pode-se adotar exclusivamente o critério de análise técnica com a fixação do preço no Edital (artigo 15, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.987/95).

A Lei Federal n.º 8.987/95 é silente quanto ao prazo máximo de duração das concessões comuns, sendo de se destacar que os prazos máximos fixados no artigo 57 *caput* e inciso II da Lei Federal n.º 8.666/93 são igualmente inaplicáveis para a Concessão. O prazo fixado no artigo 57, *caput* da Lei Federal n.º 8.666/93 – duração máxima adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários - é inaplicável as concessões comuns tendo em vista que a remuneração da Concessionária é paga diretamente pelas tarifas arrecadas dos usuários, as quais não estão vinculadas à existência de créditos orçamentários.

A seu turno, o prazo fixado no artigo 57, inciso II da Lei Federal n.º 8.666/93 – sessenta meses na prestação de serviços de forma contínua – mostra-se igualmente inaplicável, na medida em que, na concessão, faz-se necessário prazo alongado para amortização dos investimentos da Concessionária, em especial na concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.

Por conseqüência, o prazo da concessão deverá ser suficiente para garantir, ao longo do contrato, a amortização dos investimentos realizados nos bens reversíveis da concessão, resultando tal prazo da análise dos estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira que antecedem a delegação dos serviços públicos.

A adoção da delegação de serviços públicos de saneamento básico por meio de outorga de concessão comum pelo ente encarregado da delegação tem como principal vantagem a assunção da prestação dos serviços públicos por conta e risco da concessionária, não havendo qualquer desembolso por parte da Administração.

É importante ressaltar por fim, em linha com o quanto sustentam as ilustres doutrinadoras Vera Monteiro³⁰ e Maria Sylvia Zanella de Pietro³¹, mantemos o entendimento de que a exigência de prévia lei autorizativa, seja para as concessões comuns ou Parcerias Público Privada são inconstitucionais por configurar indevida ingerência do Poder Legislativo na esfera de competência típica do Poder Executivo.

A seu turno, a Concessão Patrocinada é uma das modalidades de Parceria Público-Privada. As Parcerias Público Privadas, regidas pela Lei Federal n.º 11.079/04 e leis correlatas, consistem em contratos de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, que possibilitam formas de colaboração entre a Administração Pública e entes privados, por meio das quais esses entes assumem a condição de encarregados de serviços, atividades, infraestruturas, estabelecimentos ou empreendimentos de interesse público, sendo remunerados, segundo seu desempenho, pelas utilidades e serviços que disponibilizarem.

³⁰ MONTEIRO, Vera. Concessão e prévia autorização legislativa: STF e TJSP têm algo a dizer. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 299-309.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

A Concessão Patrocinada consiste no contrato de concessão que, conforme a própria denominação sugere, prevê o patrocínio, pela Administração Pública, de parte do serviço público ou da obra pública, cabendo ao usuário arcar com o restante do custo do serviço público mediante a arrecadação de tarifa dos usuários.

A Concessão Patrocinada, cuja previsão constitucional também decorre do art. 175 da Constituição Federal, vem legalmente definida no artigo 2º, parágrafo primeiro da Lei Federal n.º 11.079/04, que dispõe:

“§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

Na Concessão Patrocinada, em adição a cobrança de tarifas faz-se necessário que os investimentos para a prestação dos serviços públicos não sejam amortizáveis exclusivamente pela cobrança de tarifas pelos usuários, demandando uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Para a celebração de um contrato de concessão patrocinada, seu objeto deverá ser licitado por meio de uma Concorrência, a ser realizada nos termos das Leis Federais n.º 8.666/93 e 11.079/04, podendo ser adotado como critérios para a seleção do futuro Concessionário, além daqueles previstos no Artigo 15, incisos I a V da Lei Federal n.º 8.987/95, os seguintes: (i) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública (artigo 12, inciso II, alínea “a” da Lei Federal n.º 11.079/04); ou

(ii) a combinação do critério da menor contraprestação da Administração Pública com o critério de análise técnica (artigo 12, inciso II, alínea “b” da Lei Federal n.º 11.079/04).

Nas Concessões Patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do Parceiro Privado for paga pela Administração Pública, a Lei Federal n.º 11.079/04, traz como requisito prévio a licitação, a autorização legislativa específica para a contratação.

Adicionalmente, em quaisquer dos critérios ou modalidades adotadas, para a contratação das Parcerias Público-Privadas, faz-se igualmente necessário observar os requisitos mínimos trazidos pela Lei Federal n.º 11.079/04 no que tange ao prazo, valor e objeto da Contratação.

Nesse sentido, a Lei Federal n.º 11.079/04 estabelece que a contratação por meio de Parceria Público-Privada, na modalidade patrocinada ou administrativa, deve ser formalizada por prazo compatível com a amortização dos investimentos previstos, sendo fixado o prazo mínimo de vigência de cinco anos e o prazo máximo não superior a trinta e cinco anos (incluindo eventual prorrogação).

Adicionalmente, a Lei das Parcerias Público-Privadas traz como valor mínimo do contrato o montante de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), sendo vedada a contratação que tenha por objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Além da necessidade de contraprestação pecuniária do Poder Concedente, do prazo e valores mínimos da Contratação, as Parcerias Público-Privadas afastam-se da Concessão Comum na medida em que o parceiro privado não presta o serviço ou obra pública por sua conta e risco, havendo uma repartição objetiva dos riscos com a Administração Pública.

Considerando o vulto dos investimentos necessários para a implantação de uma Parceria Público-Privada, a Lei Federal n.º 11.079/04 previu, além das garantias de execução do Contrato pelo Parceiro Privado, um forte mecanismo de garantias a serem prestadas pelo Parceiro Público, incluindo a possibilidade de (i) vinculação de receitas em garantia pela Administração Pública; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; (iii) contratação de seguro-garantia de entidades não controladas pelo Poder Público; (iv) prestação de garantias por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público; (v) prestação de garantias por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; (vi) bem como outros mecanismos admitidos em lei, buscando assegurar a solidez financeira e atratividade do projeto.

A adoção do modelo da Concessão Patrocinada pelo ente encarregado da delegação apresenta como vantagem a possibilidade de repartição dos riscos com o Parceiro Privado em projetos em que a atratividade é assegurada pelo pagamento de contraprestação pecuniária pelo Parceiro Público, em adição às tarifas cobradas diretamente dos usuários, bem como pela previsão de mecanismos de garantia a fiel execução do contrato tanto pelo Parceiro Privado, como pelo Parceiro Público,

permitindo-se a aplicação de recursos em área de atuação estatal pouco atrativa e que demandariam a aplicação de vultosos recursos públicos.

A seu turno a Concessão Administrativa, igualmente regida pela Lei Federal n.º 11.079/04, consiste na concessão em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço público ou de interesse público concedido, ainda que o contrato envolva a execução de obra ou o fornecimento e a instalação de bens. Como se disse, apesar de não haver a prestação direta de serviços públicos, por meio da concessão administrativa viabiliza-se a prestação de serviços e execução de obras de grande porte por longo prazo, sendo tal modelo amplamente utilizado na área de saneamento básico.

A conceituação da Concessão Administrativa vem expressa no artigo 2º, parágrafo segundo da Lei Federal n.º 11.079/04, que dispõe:

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

Em linhas gerais, a Concessão Administrativa se distingue da Concessão Comum e da Concessão Patrocinada na medida em que não tem como finalidade a prestação de um serviço público, mas sim de um serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, o qual não será passível de cobrança de tarifa, razão pela qual sua remuneração será composta integralmente por uma contraprestação paga pela Administração, sendo permitido eventual complemento por meio de receitas acessórias.

Assim como na Concessão Patrocinada, para a celebração de um contrato de concessão administrativa, seu objeto deverá ser licitado por meio de uma Concorrência, a ser realizada nos termos das Leis Federais n.º 8.666/93 e 11.079/04, podendo ser adotado como critérios para a seleção do futuro Concessionário, além daqueles previstos no Artigo 15, incisos I a V da Lei Federal n.º 8.987/95, os seguintes: (i) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública (artigo 12, inciso II, alínea “a” da Lei Federal n.º 11.079/04); ou (ii) a combinação do critério da menor contraprestação da Administração Pública com o critério de análise técnica (artigo 12, inciso II, alínea “b” da Lei Federal n.º 11.079/04).

Assim como já mencionado para o caso de contratação de Concessão Patrocinada, a Concessão Administrativa deve ser formalizada por prazo compatível com a amortização dos investimentos previstos, sendo fixado o prazo mínimo de vigência de cinco anos e o prazo máximo não superior a trinta e cinco anos (incluindo eventual prorrogação).

Também como na Concessão Patrocinada, faz-se necessário que a contratação tenha por valor mínimo o montante de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), sendo vedada a contratação que tenha por objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Diante da necessidade de vultosos investimentos do Parceiro Privado para a execução da Concessão Administrativa, aliados a ausência de cobrança de tarifas dos usuários,

verifica-se ainda de maior relevo no caso da Concessão Administrativa a possibilidade de constituição de garantias na forma do artigo 8º da Lei Federal n.º 11.079/04 pelo Poder Concedente, o qual irá arcar em sua grande maioria, com a remuneração pecuniária do Parceiro Privado para a implantação do projeto.

Além da possibilidade de repartição dos riscos com o Parceiro Privado para implantação do projeto, a adoção do modelo da Concessão Administrativa traz como vantagens a possibilidade de redução dos custos da Administração Pública com a aplicação de investimentos vultosos em infraestrutura e serviços em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, permitindo-se a gestão mais eficiente pelo Parceiro Privado em áreas de atuação estatal pouco atrativas.

2.6. REQUISITOS DE VALIDADE DA DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Independente do modelo de delegação a ser adotado, o art. 11 da Lei Federal n.º 11.445/07 trouxe requisitos específicos a serem observados pelos entes encarregados da delegação de serviços públicos de saneamento básico, como condição para delegação de referidos serviços.

A maioria de tais requisitos já eram observados nos processos de delegação por força da aplicação de outras leis federais, em especial, a Lei Federal n.º 8.987/95. Inobstante, a grande inovação trazida pela lei federal de saneamento básico foi condicionar o cumprimento de tais requisitos à própria verificação da validade dos contratos que

tenham por objeto a delegação de serviços públicos, impondo sua observância pela Administração Pública.

Adicionalmente, é de se ressaltar que os requisitos erigidos como condições de validade dos contratos de concessão ou de programa, tal como dispostos no art. 11 pela Lei Federal n.º 11.445/07, denotam uma constante preocupação com a necessidade de planejamento mínimo e integrado das ações de saneamento básico dos entes titulares do serviço, bem como a permanente fiscalização e regulação dos serviços públicos pelos órgãos da Administração assim como pela própria sociedade civil. Referidas preocupações foram expressamente consignadas na exposição de motivos da Lei Federal n.º 11.445/07:

“4.8. (O planejamento). Boa parcela do baixo retorno na qualidade e cobertura dos serviços, e os diversos exemplos de desperdício de recursos em obras de saneamento, possuem como motivo a falta ou a deficiência no planejamento dos serviços.

Em razão dessa constatação, o Projeto de Lei coloca o planejamento no papel central da regulação dos serviços, tanto vinculando os investimentos e tarifas às suas prescrições (arts. 14, § 1º, 15, § 5º, e 16), como estipulando com precisão as obrigações de planejamento dos órgãos e entidades federais e dos entes federativos que aderirem à Política Nacional de Saneamento Básico - PNS (arts. 50 a 54).

(...)

4.9. (A regulação e a fiscalização). Apesar de a Constituição Federal prever que os serviços públicos devem ser prestados sob regulação - ou seja, “na forma da lei” (art. 175, caput), essa não tem sido a prática atual, justamente pela ausência de um marco legal específico para o saneamento básico.

(...)

Ainda no que se refere à regulação, a proposta de marco regulatório prevê a disciplina do seu conteúdo mínimo (art. 20), bem como que sua elaboração deve observar aos princípios da motivação técnica, da transparência e do controle social (art. 19), bem como que a regulação e fiscalização não pode ser atribuição do próprio prestador dos serviços (art. 17, § 1º).³²

Feita tal constatação, cumpre-nos passar a análise dos requisitos fixados no art. 11 da Lei Federal n.º 11.445/07, como condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico. São eles:

“Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.”

É importante ressaltar que a ausência de observância das condições de validade expostas no art. 11 da Lei Federal n.º 11.445/07, acarreta a nulidade do contrato, conforme alerta o Professor Luiz Henrique Antunes Alochio:

³² BRASIL. Exposição de Motivos n.º 07/2005 – MCIDADES, de 16 de maio de 2005. Exposição de Motivos do Projeto de Lei que possui por objetivo instituir: (1) as diretrizes para o saneamento básico, com fundamento no disposto no art. 21, XX, da Constituição Federal; e (2) a Política Nacional de Saneamento Básico - PNS, com fundamento nos arts. 23, VI e IX, e 200, IV, da Constituição Federal. Disponível no sítio: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

“Apesar da clareza do *caput*, importa ressaltar a relevância que se deu ao atendimento das condições desse artigo: tratam-se de *condições de validade* do contrato a ser realizado. Logo, desatendidas no todo ou em parte essas condições, estaremos diante de uma nulidade. Apesar de a Lei fazer menção a *contrato*, seria de bom alvitre que essas condições fossem também observadas nos casos de delegação. Não necessariamente enquanto condição de *validade* da delegação, mas, pelo menos, a título de organização de gestão.”³³

Em relação ao posicionamento do ilustre doutrinador, ousamos manter interpretação um pouco diversa. Ao nosso ver não há como manter-se a legalidade de delegação realizada sem a observância dos requisitos fixados no art. 11 da Lei Federal n.º 11.445/07. De fato, uma vez que a prestação de serviços públicos de saneamento básico depende da celebração de contrato (de programa ou concessão) por força do que estabelece o art. 9º da Lei Federal n.º 11.445/07 e, que a validade do contrato é condicionada a observância das condições previstas no o artigo 11 da referida lei, não vislumbramos como a delegação subsistirá sem a possibilidade de prestação dos serviços públicos e sem contrato.

2.6.1. EXISTÊNCIA DE PLANO DE SANEAMENTO BÁSICO

Reforçando a preocupação com as condições de planejamento que devem ser observadas para otimizar a gestão dos serviços públicos de saneamento básico, o art. 11, inciso I da Lei Federal n.º 11.445/07, traz como primeira condição de validade dos

³³ ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Direito do Saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/2007). 2ª Edição. Campinas: Millennium Editora, 2010. P. 53.

Contratos que tenham por objeto a prestação de tais serviços públicos a existência de plano de saneamento básico.

A função de planejamento possuiu suas raízes no art. 174 da Constituição Federal que prevê:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

A obrigatoriedade de planejamento permeia as atividades da Administração constituindo mecanismo essencial de organização do Estado em todos os níveis federativos, sendo erigido como verdadeiro poder-dever da Administração, corolário da necessidade de observar-se aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, conforme brilhantemente explanado pelo Professor José Roberto Pimenta de Oliveira:

“O planejamento é explicitado como mecanismo essencial da organização do Estado, em todos os níveis federativos. A Constituição, em diversos dispositivos, faz expressa referência à atividade, seja ao processo que ela encerra, seja ao resultado que ela produz. Assim, fixa competência administrativa material da União para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, inciso IX). Pressupõe o planejamento das funções públicas dos Estados (art. 25, parágrafo 3º), ao tratar da organização administrativa das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, referindo ao planejamento das funções públicas de interesse comum. Torna claríssima a necessidade da atividade do planejamento municipal (art. 29, XII, e 30, VIII).”

(...)

Assim, em qualquer domínio material afeto à Administração Pública, está consagrado o dever de planejamento, por força do disposto no artigo 37 da Constituição Federal. A necessidade de concebê-lo no exercício da função administrativa é, em última instância, uma dimensão jurídica da indisponibilidade do interesse público. Para quem promove, guarda, realiza ou tutela interesse da coletividade, à Administração não é dado escolher entre planejar ou não planejar o exercício das competências que preside sua razão de ser e de estar no ordenamento jurídico. Observando as diversas disposições constitucionais apontadas, não há como a ciência do Direito Administrativo desconhecer a realidade normativa.

(...)

Quando determinado pela própria Constituição ou pela Lei, a realização de planejamento é imposição de legalidade. Quando ausente regra específica, o caráter jurídico da exigência é corolário da afirmação constitucional do princípio da moralidade e da impessoalidade, insculpidos no artigo 37, norma essencial à estruturação do regime jurídico-administrativo no ordenamento pátrio, aplicável em todas as esferas federativas como parâmetro jurídico de organização e funcionamento da Administração Pública.”³⁴

No âmbito do saneamento básico, das atividades de planejamento - consistentes na planificação das políticas públicas fixadas pelo titular dos serviços públicos no seu juízo discricionário quanto a melhor forma de atendimento ao interesse público – resulta o Plano Municipal de Saneamento, vinculante tanto para a administração pública quanto para os prestadores de serviços públicos de saneamento básico, por força do art. 25,

³⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do serviço público de saneamento básico na lei nº 11.445/2007 e decreto nº 7.217/2010. In: José Roberto Pimenta Oliveira; Augusto Neves Dal Pozzo. (Org.). Estudos sobre o Marco Regulatório de Saneamento Básico no Brasil. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, v. 1, p. 223-262.

parágrafo 5º do Decreto Federal n.º 7.217/10³⁵ (regulamento da Lei Federal n.º 11.445/07).

Adicionalmente, o Plano Municipal de Saneamento poderá ser setorial, sendo exclusivo para um dos quatro segmentos que compõe os serviços públicos de saneamento básico (abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas), por força do que dispõe o art. 19 da Lei Federal n.º 11.445/07.

Seu conteúdo material mínimo e suas condições formais de aprovação são extraídas da análise conjunta da Lei Federal n.º 11.445/07 e do Decreto Federal n.º 7.217/10, havendo a recomendação de conteúdo mínimo do plano na Resolução n.º 75, de 02 de julho de 2009 do Conselho das Cidades³⁶³⁷. Da referida análise podem ser extraídos os seguintes requisitos materiais e formais a serem observados para o Plano de Saneamento Básico:

A. Requisitos Materiais:

³⁵ BRASIL. Decreto Federal n.º 7.217, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei no 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

³⁶ BRASIL. Resolução Recomendada n.º 75, de 02 de julho de 2009 do Conselho das Cidades. Estabelece orientações relativas à Política de Saneamento Básico e ao conteúdo mínimo dos Planos de Saneamento Básico. Disponível no sítio: <<http://portal.in.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

³⁷ No presente trabalho não nos debruçaremos sobre o conteúdo mínimo sugerido para cada um dos requisitos do Plano Municipal de Saneamento estabelecidos na Lei Federal n.º 11.445/07 e seu regulamento.

I Abrangência e compatibilidade: deverá abranger todo o território do titular dos serviços públicos, devendo ser compatível com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos.

II - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;

III - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;

IV - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;

V - ações para emergências e contingências;

VI - mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

B. Requisitos Formais:

I – Participação Popular:

- a) Disponibilização do Plano de Saneamento Básico e dos estudos que o fundamentaram pela internet;
- b) Possibilidade de recebimento de sugestões e críticas da sociedade;

c) Realização de Audiência e Consulta Pública.

II – Aprovação do Plano de Saneamento Básico pelo titular dos serviços públicos.

Em relação a aprovação do Plano de Saneamento Básico, por se tratar de atividade de planificação de políticas públicas atribuídas ao Poder Executivo, a aprovação deve ser realizada por meio de Decreto, conforme bem elucida o Professor José Roberto Pimenta de Oliveira:

“A formulação da política pública de saneamento básico (art. 9º), nesta compreendida a elaboração do Plano de Saneamento Básico, é considerada pela LDNSP como *atividade indelegável*, conforme se depreende do seu artigo 8º. Assim qualificada, é inseparável do plexo de deveres-poderes do ente estatal titular dos serviços. É solução condizente com a atribuição exclusiva da Chefia do Poder Executivo de exercer a direção superior da administração do ente titular dos serviços, de índole constitucional (art. 84, inciso II, CF/88).

É indelegável a edição da decisão administrativa final que se incorpora na aprovação do Plano de Saneamento Básico. É possível que, por questões afetas à organização administrativa de cada ente, o processo de planejamento seja conduzido por órgão estatal ou ente governamental especialmente criado para tal finalidade, mas o Plano só adquire existência, validade e eficácia (e, logo, *definitividade*) como norma jurídica com a declaração formal do titular do serviço. Daí que, em sendo manifestação de ente estatal, na esfera de atribuição do Chefe do Poder Executivo, cabe concluir que o Plano de Saneamento Básico obrigatoriamente será exteriorizado através de Decreto.”³⁸

³⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do serviço público de saneamento básico na lei nº 11.445/2007 e decreto nº 7.217/2010. In: José Roberto Pimenta Oliveira; Augusto Neves Dal Pozzo. (Org.). Estudos sobre o Marco Regulatório de Saneamento Básico no Brasil. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, v. 1, p. 223-262.

Por fim, em caso de ausência de instituição do Plano de Saneamento Básico, além da nulidade de eventual processo de delegação, tal como exposto acima, a Administração Pública Federal impôs severas restrições de acesso a recursos federais, estabelecendo no art. 26, parágrafo 2º do Decreto Federal n.º 7.217/10:

“§ 2º Após 31 de dezembro de 2015, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso a recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico.”

Como resultado, em caso de inobservância da obrigação de planejamento consubstanciada na necessidade de elaboração de Plano de Saneamento Básico, os entes titulares dos serviços públicos não serão apenas impedidos de realizar sua delegação, como serão impedidos de obter recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal (BNDES, CEF, por exemplo), destinados a serviços de saneamento básico.

2.6.2. EXISTÊNCIA DE ESTUDO COMPROVANDO A VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA DA PRESTAÇÃO UNIVERSAL E INTEGRAL DOS SERVIÇOS, NOS TERMOS DO RESPECTIVO PLANO DE SANEAMENTO BÁSICO

Em relação a referida condição de validade dos contratos de concessão, cumpre-nos destacar, por óbvio que são igualmente aplicáveis as delegações realizadas por meio de contrato de programa e por outorga da concessão de serviços públicos.

Isso se deve ao fato do art. 11 não distinguir as condições para a validade dos contratos por tipo de delegação escolhida pela Administração. Adicionalmente, ainda que desnecessário, cumpre-nos destacar que o art. 13, parágrafo 1º, inciso I da Lei Federal n.º 11.107/05 estabelece que os contratos de programa que disciplinem a prestação de serviços públicos devem atender as disposições da Lei Federal n.º 8.987/95, que também exige a elaboração de referidos estudos para a concessão de serviços públicos.

Por conseguinte, tanto as delegações realizadas por meio de contrato de programa, como aquelas realizadas por meio de outorga de concessão deverá apresentar prévio estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da delegação, incluindo, em caso de serem previstas obras a cargo dos delegatários, os elementos de projeto básico que permitam sua plena caracterização, conforme art. 18, inciso XV da Lei Federal n.º 8.987/95, que dispõe:

“Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

(...)

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do

projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;”

Como se vê da análise do dispositivo legal acima, no caso da delegação por contrato de programa ou de concessão, não é exigível a apresentação de Projeto Básico, sendo, nesse ponto, inaplicáveis as exigências da Lei Federal n.º 8.666/93.

No mesmo sentido, no âmbito das Parcerias Público-Privadas, regidas pela Lei Federal n.º 11.079/04, os estudos comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da delegação devem apresentar nível de detalhamento equivalente à de anteprojeto, por força da aplicação do art. 10, parágrafo 4º de referida lei, que estabelece:

“§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.”

Em qualquer dos casos, os estudos de viabilidade deverão ser compatíveis com o Plano de Saneamento Básico, como corolário de sua vinculação em favor da Administração e dos respectivos prestadores de serviços públicos de saneamento básico.

2.6.3. EXISTÊNCIA DE NORMAS DE REGULAÇÃO QUE PREVEJAM OS MEIOS PARA O CUMPRIMENTO DAS DIRETRIZES DA LEI DE SANEAMENTO, INCLUINDO A DESIGNAÇÃO DA ENTIDADE DE REGULAÇÃO E DE FISCALIZAÇÃO

Inicialmente, assim como nas atividades de planejamento, os parâmetros para análise da função regulatória do Estado no domínio econômico são dados pelo *caput* do art. 174 da Constituição Federal, trazido a colação novamente:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Importante destacar nesse ponto a observação feita por Luís Roberto Barroso sobre o alcance da regulação sobre a economia, a qual recai tanto sobre a área de atuação tipicamente privada, quanto da área tipicamente pública:

“É bem de ver que a relação direta que se tem feito entre as agências reguladoras e serviços públicos executados por particulares é apenas histórica, já que nada impede a existência de agências para regulação de atividades puramente privadas. Na verdade, as funções transferidas para as agências reguladoras não são novas; o Estado sempre teve o encargo de zelar pela boa prestação dos serviços.”³⁹

³⁹ MORAES. Alexandre de *et al.* *Agências Reguladoras*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.117.

Continuando, verifica-se da análise do art. 174 da Constituição Federal, bem como dos demais dispositivos constitucionais da ordem econômica, que a função regulatória do Estado se concretiza em três linhas de atuação.

A primeira linha corresponde a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando eventual lesão à economia popular, casos em que a atuação se fará presente mediante o controle de preços e da qualidade do serviço prestado.

A segunda linha de atuação corresponde a regulação para competição, atuada no setor privado, para se assegurar a livre concorrência.

A última linha de atuação corresponde a regulação social, “vinculada à viabilização da prestação de serviços públicos de caráter universal e à proteção do meio ambiente”⁴⁰, recaindo sobre essa última linha de regulação as disposições constantes do art. 11, inciso III da Lei Federal n.º 11.445/07.

Prosseguindo na análise da condição fixada no art. 11, inciso III da Lei Federal n.º 11.445/07, verifica-se que incumbe ao ente titular dos serviços públicos a criação de normas regulatórias que assegurem a eficácia das diretrizes fixadas pela Lei Federal n.º 11.445/07, o que inclui o atendimento de todos os princípios fundamentais consignados no art. 2º da Lei Federal n.º 11.445/07.

⁴⁰ CUÉLLAR. Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo. São Paulo: Dialética, 2001. p. 54.

Além da indicação da entidade encarregada da regulação e fiscalização dos serviços públicos, o art. 11, parágrafo 2º da Lei Federal n.º 11.445/07 traz os requisitos mínimos das normas de regulação, dispondo:

“§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

I - a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;

II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados;

III - as prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;

IV - as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:

a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas;

b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas;

c) a política de subsídios;

V - mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços;

VI - as hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços.”

É importante destacar que, assim como nos casos de ausência de plano de saneamento básico, o Decreto Federal n.º 7.217/10 impôs restrições de acesso a recursos federais aos municípios que não instituírem mecanismos de controle social, citados no art. 11, parágrafo 2º, inciso V da Lei Federal n.º 11.445/07.

Referida restrição é imposta no art. 34, parágrafo 6º do Decreto Federal n.º 7.217/10 que prevê que a ausência de instituição de órgão colegiado de caráter consultivo, acarretará ao ente titular do serviço público a vedação o acesso aos recursos federais ou aos geridos ou administrados por órgão ou entidade da União, quando destinados a serviços de saneamento básico.

Referido órgão colegiado de caráter consultivo caracteriza-se como um dos mecanismos de controle social regulamentados por meio do Decreto Federal n.º 7.217/10 para assegurar a efetivação participação social nos processos de definição de políticas públicas, planejamento de referidas políticas e acompanhamento dos serviços públicos de saneamento básico prestados.

De acordo com o art. 8º e art. 23, parágrafo primeiro da Lei Federal n.º 11.445/07, a regulação e a fiscalização dos serviços públicos poderão ser delegadas a consórcios públicos ou a outros entes federados, por meio de convênio de cooperação, desde que previsto nos respectivos instrumentos de delegação (contrato de consórcio e convênio de cooperação).

Analisando o tema, o ilustre professor Luiz Henrique Antunes Alochio tece severas críticas quanto a referida possibilidade de delegação das funções de regulação, concluindo:

“Uma coisa é a *delegação* da função regulatória no interior de um Ente da Federação, seja por desconcentração ou descentralização; outra situação

distinta é a tentativa de se delegar a função regulatória entre pessoas jurídicas distintas, de entes federados distintos. Como poderia v.g., uma entidade Estadual editar normas de regulação para serem cumpridas por um município, se este é o Titular da competência para tais serviços!? A hipótese de delegação mais traria tormentos do que soluções.”⁴¹

Com a devida vênia, não concordamos com o posicionamento do ilustre jurista, pois não vislumbramos impedimentos legais para a execução das atividades de regulação e fiscalização por meio de consórcios públicos ou convênios de cooperação, posto que encartadas dentro do conceito de gestão associada de serviços públicos, expressamente autorizadas no art. 241 da Constituição Federal.

2.6.4. REALIZAÇÃO PRÉVIA DE AUDIÊNCIA E DE CONSULTA PÚBLICA SOBRE O EDITAL DE LICITAÇÃO NO CASO DE CONCESSÃO, E SOBRE A MINUTA DO CONTRATO

A condição constante do art. 11, inciso IV da Lei Federal n.º 11.445/07 prevê a necessidade de submissão das minutas de edital e contrato a prévia audiência e consulta pública, buscando assegurar, uma vez mais, ampla participação popular no processo de delegação dos serviços públicos de saneamento básico.

Por prescindir de licitação, não há que se falar de audiência e consulta pública de edital, para o caso de delegação realizada por contrato de programa sendo, contudo, necessário observar essa condição no que tange a minuta do contrato de programa,

⁴¹ ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Direito do Saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/2007). 2ª Edição. Campinas: Millennium Editora, 2010. P. 73.

sob pena de descumprimento ao que prevê o art. 11, inciso IV da Lei Federal n.º 11.445/07.

A audiência pública e a consulta pública, são bem definidas pelo ilustre professor Luiz Henrique Antunes Alochio:

“A audiência pública tem um caráter notadamente presencial, enquanto a consulta pública determina um prazo, após a divulgação de uma dada pretensão governamental, para que os interessados possam lançar sugestões sobre essa mesma pretensão.”⁴²

A lei federal de saneamento, assim como seu decreto regulamentador foram omissos quanto ao prazo mínimo a ser observado para a audiência e consulta pública, restando margem de dúvidas quanto ao prazo mínimo a ser observado. Apesar de aparentar problema de menor profundidade, a definição do prazo mínimo a ser observado para fins de audiência pública e posterior recebimento de informações, e de importância impar para se assegurar a efetivação participação social no processo de delegação dos serviços públicos de saneamento básico, podendo haver o amesquinamento do direito de participação social em caso de fixação de prazo exíguo para a audiência e consulta pública.

Os prazos aqui mencionados englobam três momentos distintos:

⁴² ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Direito do Saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/2007). 2ª Edição. Campinas: Millennium Editora, 2010. P. 56.

- (i) Prazo de antecedência mínimo da audiência pública, em relação a publicação do Edital;
- (ii) Prazo de antecedência mínimo entre a data de divulgação do processo de abertura de audiência e consulta pública e a efetiva realização da audiência pública;
- (iii) Prazo de duração do período de consulta pública, em que se faculta o recebimento de contribuições ao processo de delegação.

Para equacionar a questão entendemos ser necessário perquirir no âmbito das leis do titular dos serviços quanto a previsão de prazos mínimos para a realização de audiência e consulta pública.

Em caso de ausência de regramento do assunto, entendemos que a melhor solução é a aplicação analógica de outros dispositivos constantes das leis federais de licitação e parcerias público-privadas.

Desta forma, em relação ao primeiro e segundo prazo aplicar-se-ia o art. 39 da Lei Federal n.º 8.666/93, sendo necessário que a audiência pública seja realizada com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização.

Por fim, no que tange a Consulta Pública, aplica-se o prazo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data

prevista para a publicação do edital, conforme fixado no art. 10, inciso VI da Lei Federal 11.079/04.

2.7. PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

De acordo com o capítulo III da Lei Federal n.º 11.445/07, poderá haver a prestação regionalizada de serviços públicos, voltada ao ganho de economia de escala. A previsão consta do art. 14 da lei de saneamento, que consigna:

“Art. 14. A prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico é caracterizada por:

I - um único prestador do serviço para vários Municípios, contíguos ou não;

II - uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração;

III - compatibilidade de planejamento.”

A prestação regionalizada não se confunde com a instituição de região metropolitana, conforme alerta o professor Luiz Henrique Antunes Alochio:

“A gestão regionalizada será marcada por um prestador único do serviço para vários municípios contíguos ou não (Art. 14, I). Nos casos de Municípios com serviços de saneamento estritamente locais, vários podem se unir e optar pela contratação (inclusive mediante licitação) de um prestador único, para os serviços, gerando uma melhoria na economia de escala para gestão do

saneamento. A contiguidade é afastada, até mesmo para diferenciar ainda das regiões metropolitanas.”⁴³

Ao nosso ver a prestação de serviços regionalizada nada mais caracteriza do que a gestão associada de serviços públicos de saneamento básico sendo portanto formalizada por meio de consórcio públicos ou convênio de cooperação, na forma do art. 241 da Constituição Federal e da Lei Federal n.º 11.107/05.

Não por outra razão, o art. 15 da Lei Federal n.º 11.445/07 prevê que escolha da entidade de regulação e fiscalização se dará ou por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, ou por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

2.8. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE FORMA INTERDEPENDENTE

O art. 12 da Lei Federal n.º 11.445/07 prevê a hipótese de prestação de serviços públicos de saneamento básico de forma interdependente entre dois ou mais prestadores de serviço.

Em referidas hipóteses um prestador de serviços público fica encarregada, por exemplo do abastecimento de água potável, enquanto outro prestador fica encarregado da prestação de serviços de esgotamento sanitário. Tal modelo é utilizado pelo Município do Rio de Janeiro, na região denominada AP-5, em que a prestação dos serviços

⁴³ ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Direito do Saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/2007). 2ª Edição. Campinas: Millennium Editora, 2010. P. 61.

públicos de abastecimento de água é delegada a Companhia Estadual (CEDAE), por meio de Contrato de Programa, enquanto que a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário foi delegada por concessão a iniciativa privada.

Em referida hipótese, além da necessidade de regulação e fiscalização única, em razão da interdependência dos serviços públicos, é preciso que sejam estabelecidas regras mínimas para que não haja indevida interferência nas atividades executadas por cada prestador. Referidas regras mínimas são fixadas por meio de normas de regulação, bem como pela previsão de celebração de contrato de interdependência entre os prestadores, conforme consta do art. 13 da Lei Federal n.º 11.445/07.

2.9. DELEGAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO EM VIGOR – REGRAS DE TRANSIÇÃO

Por fim, insta-nos salientar sobre as alterações perpetradas pela Lei Federal n.º 11.445/07, no que tange a validade das delegações realizadas mediante outorga de concessão, anteriormente à vigência da Lei Federal n.º 8.987/95.

Nesse sentido, os arts. 42 e 43 da Lei Federal n.º 8.987/95, com as alterações dada pela Lei Federal n.º 11.445/07, preveem:

“Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato.

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.

§ 3º As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infra-estrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei;

II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes; e

III - publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo.

§ 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste,

por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes.

§ 5º No caso do § 4º deste artigo, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão.

§ 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço.

Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.

Parágrafo único. Ficam também extintas todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei.”

É importante destacar que as regras de transição constantes da Lei Federal n.º 8.987/95 são aplicáveis também as delegações realizadas a outros entes públicos que não integram a administração pública direta ou indireta dos titulares dos serviços públicos (companhias estaduais, por exemplo).

Isso se deve ao fato de que, somente com a entrada em vigor da Lei Federal n.º 11.107/05 é que se passou a prever a dispensa da licitação para os casos de celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua

administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

Desta forma, somente a partir do início da vigência da Lei Federal n.º 11.107/05 (cuja vigência iniciou-se em 07 de abril de 2005), é que as delegações de serviços públicos realizadas a outros entes da federação, deixaram de submeter-se a exigência de prévia licitação, contida no art. 175 da Constituição Federal.

Feita essa ressalva, verifica-se que em razão das disposições trazidas nos arts. 42 e 43 da Lei Federal n.º 8.987/95 restou assentado o tratamento específico para as duas espécies de delegação realizadas antes da vigência da Lei Federal n.º 8.987/95, sendo que:

1. As delegações anteriores à vigência da Lei Federal n.º 8.987/95, realizadas com prévio procedimento licitatório, foram consideradas válidas, hipótese em que o titular dos serviços públicos deve observar o prazo fixado no contrato de concessão ou no ato de outorga da concessão (Art. 42, da Lei Federal n.º 8.987/95)⁴⁴;
2. As delegações anteriores à vigência da Lei Federal n.º 8.987/95, realizadas sem prévio procedimento licitatório, foram extintas em razão da inobservância quanto à obrigatoriedade de licitação fixada no art. 175, da Constituição Federal (Art. 43

⁴⁴ É importante destacar que a ausência de previsão de prazo no instrumento de delegação acarretará no reconhecimento da prestação de serviços públicos a título precário, por força do que dispõe o art. 42, parágrafo 2º da Lei Federal n.º 8.987/95.

da Lei Federal n.º 8.987/95), ocasião em que a execução da concessão permanecerá sendo realizada em caráter precário apenas até que o titular dos serviços públicos realize regular processo de licitação.

De fato, independentemente das disposições constantes dos artigos 42 e 43 da Lei Federal n.º 8.987/95, não se poderia reconhecer a regularidade dos contratos de concessão de serviços públicos delegados sem prévio procedimento licitatório por violarem a exigência fixada no art. 175, da Constituição Federal.

E razão de referida constatação, entendemos que os parágrafos segundo e terceiro do art. 42 da Lei Federal n.º 8.987/95, ao atribuir validade a instrumentos de delegação que inobservaram a exigência de prévia licitação (antes do advento da Lei Federal n.º 11.107/05), são manifestamente inconstitucionais.

O Excelso Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo sentido, inclusive em relação a contratos celebrado anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, conforme precedente abaixo transcrito:

“Na hipótese em exame, independentemente da natureza da permissão (condicionada ou não), inexistente direito à indenização, porque a exigência legal de realização de licitação não foi cumprida.

A assinatura do Termo de permissão inicial em período anterior à Constituição Federal não gera qualquer direito ao equilíbrio econômico financeiro, uma vez que a licitação era obrigatória também naquela época. ‘O princípio da isonomia, por si só, independe de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao estabelecer esta obrigatoriedade

erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas, está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios (RDP 88/85)' (Adilson Abreu Dallari).

Apenas a título de argumentação, saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95, assim como o artigo 55, II, "d", do Decreto-lei n. 2.300/86 e 59 da Lei n. 8.666/93, aplicam-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. E ainda que a hipótese dos autos cuidasse de contrato de concessão, tampouco teria a recorrente direito à indenização pretendida, porque a realização de prévia licitação seria obrigatória, seja antes ou após a vigência da Constituição Federal de 1988" (STJ, REsp 443.796 – MG, Segunda Turma, Min. Rel Franciulli Netto DJ de 03.11.03)

No mesmo sentido já se manifestou o então Min. Eros Grau na ADI 3.521/PR:

"10. O texto da Constituição do Brasil é claro: "incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos" (artigo 75, caput). Não obstante, a lei paranaense permite que o vínculo que relaciona as empresas que atualmente prestam serviços públicos com a Administração estadual seja mantido, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares. As permissões ou autorizações exauridas devem ser extintas e as irregulares revogadas. Poder-se-ia dizer que o preceito busca garantir a segurança jurídica e a continuidade do serviço público. Mas não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. Não é para tanto que ela se presta." (ADI 3.521/PR, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Min. Rel. Eros Grau, data de julgamento 28/09/2006, DJe 16/03/2007)

Desta feita, verifica-se que, em razão da inobservância à exigência de prévia licitação para a concessão dos serviços públicos, tal como previsto no art. 175, da Constituição

Federal, as delegações realizadas sem prévio procedimento licitatório, anteriormente a vigência da Lei Federal n.º 11.107/05, são nulas de pleno direito, constatando-se a precariedade da execução de serviços públicos de saneamento básico, com base em tais atos de delegação.

CONCLUSÃO

A Lei Federal n.º 11.445/07, que instituiu as diretrizes nacionais para o Saneamento Básico, apresentou relevantes inovações no que concerne a delegação dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil.

Fruto da evolução da interpretação sobre o papel do Estado no provimento de serviços públicos de saneamento básico considerados essenciais à satisfação da coletividade, a Lei Federal n.º 11.445/07 traz importantes marcos que refletem a tendência atual da atuação estatal voltada ao planejamento, regulação e fiscalização dos serviços públicos, em detrimento de sua prestação direta pelo Estado.

Desta forma, a Lei Federal n.º 11.445/07, ao mesmo passo que detalha as modalidades de delegação que podem ser utilizadas pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico para o provimento de tais serviços, condiciona sua utilização a adoção de medidas prévias de planejamento (Plano Municipal de Saneamento Básico) e de prévia determinação das condições de regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico (determinação obrigatória de entidade encarregada da regulação).

Permeando todo o processo de delegação, desde seu planejamento até o efetivo acompanhamento da prestação de serviços públicos de saneamento básico por terceiros, a Lei Federal n.º 11.445/07 dá ênfase a permanente participação popular

lançando mão das condições mínimas que devem ser observadas para assegurar a participação da população em referido processo (audiência e consulta pública e instituição de órgãos colegiados).

Adicionalmente, como medida de assegurar a efetivação do planejamento e da participação popular no processo de delegação dos serviços públicos de saneamento básico, o Decreto Federal n.º 7.217/10, que regulamentou a Lei Federal n.º 11.445/07, trouxe medidas coercitivas em caso de inobservância dos parâmetros de planejamento e participação social (vedação ao acesso de recursos destinados ao saneamento oriundos da União ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal).

De outra sorte, a Lei Federal n.º 11.445/07, em conjunto com a Lei Federal n.º 11.107/05, trouxeram regras claras quanto as condições e requisitos para a gestão associada de serviços públicos de saneamento básico, assegurando a necessária clareza e segurança jurídica no emprego dos mecanismos dos consórcios públicos e convênios de cooperação no âmbito do saneamento básico.

Por fim, em que pese o esforço para assegurar a segurança jurídica das delegações em vigor face a instituição do novo marco regulatório, a lei federal de saneamento básico acabou admitindo a validade e prorrogação de delegações realizadas sem o devido processo licitatório, afrontando a obrigatoriedade de licitação consignada no art. 175 da Constituição Federal.

Inobstante esta última afirmação, constata-se que a Lei Federal n.º 11.445/07 constitui importante marco legal do setor do saneamento básico, impondo melhorias de planejamento das atividades atribuídas aos titulares dos serviços públicos e viabilizando a democrática participação da sociedade no processo de definição de políticas públicas, planificação e acompanhamento da prestação de serviços públicos essenciais a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALCHIO, Luiz Henrique Antunes. Direito do Saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/2007). 2ª Edição. Campinas: Millennium Editora, 2010.

BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos: nova sistemática e controle. Revista Gestão Pública e Controle. Salvador, ano 1, n.1, p. 185-210, 206-207, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível no sítio: Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei Federal nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências. Disponível no sítio: Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Decreto Federal n.º 82.587, de 06 de novembro de 1978. Regulamenta a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978, que dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Exposição de Motivos n.º 07/2005 – MCIDADES, de 16 de maio de 2005. Exposição de Motivos do Projeto de Lei que possui por objetivo instituir: (1) as diretrizes para o saneamento básico, com fundamento no disposto no art. 21, XX, da Constituição Federal; e (2) a Política Nacional de Saneamento Básico - PNS, com fundamento nos arts. 23, VI e IX, e 200, IV, da Constituição Federal. Disponível no sítio: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei Federal n.º 11.107, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Decreto Federal n.º 6.017, de 07 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei n 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de

consórcios públicos. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei Federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Decreto Federal n.º 7.217, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei no 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Disponível no sítio: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

BRASIL. Resolução Recomendada n.º 75, de 02 de julho de 2009 do Conselho das Cidades. Estabelece orientações relativas à Política de Saneamento Básico e ao conteúdo mínimo dos Planos de Saneamento Básico. Disponível no sítio: <<http://portal.in.gov.br>>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. O consórcio Público na Lei nº 11.107, de 6.4.05. Fórum de Contratação e Gestão de Pública – FCGP. Ano 4, nº 46. Belo Horizonte: Editora Fórum. P. 1223.

GRAU. Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 2006.

MONTEIRO, Vera. Concessão e prévia autorização legislativa: STF e TJSP têm algo a dizer. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael; AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz (Coord.). Parcerias Público-Privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MORAES, Alexandre de et al. Agências Reguladoras. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O planejamento do serviço público de saneamento básico na lei nº 11.445/2007 e decreto nº 7.217/2010. In: José Roberto Pimenta Oliveira; Augusto Neves Dal Pozzo. (Org.). Estudos sobre o Marco Regulatório de Saneamento Básico no Brasil. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

RIO DE JANEIRO. Lei Complementar n.º 87, de 16 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a região metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, e sobre a microrregião dos lagos, define as funções públicas e serviços de interesse comum e dá outras providências. Disponível no sítio: <[http:// www.alerj.rj.gov.br](http://www.alerj.rj.gov.br)>. Acesso em 22 de setembro de 2014.

TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres), 3º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALD, Arnoldo. O direito de Parceria e a lei de concessões. São Paulo: Saraiva, 2004.