



Coordenação
Augusto Neves Dal Pozzo

Lei Federal nº 14.026/2020

O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Lei Federal nº 14.026/2020

O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfour

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Gean Paulo Pierre

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico / Augusto Neves Dal Pozzo, coordenação. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Vários autores.

Bibliografia

ISBN 978-65-5614-211-1

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo - Brasil 3. Políticas públicas (Direito) 4. Saneamento - Legislação - Brasil I. Dal Pozzo, Augusto Neves.

20-44170

CDU-351.77(81)(094.98)

Índices para catálogo sistemático:

1. Saneamento básico : Pareceres jurídicos : Brasil : Direito administrativo 351.77(81)(094.98)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

Coordenação

Augusto Neves Dal Pozzo

Lei Federal nº 14.026/2020

O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO

AUGUSTO NEVES DAL POZZO

Coordenação

© desta edição [2021]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia

CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Os autores gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS

(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sactr@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil [10-2020]

Profissional

Fechamento desta edição [09.09.2020]



ISBN 978-65-5614-211-1

Apresentação

A obra que ora se tem a honra de apresentar retrata um momento fundamental da história brasileira, pois inaugura um novo despertar do setor de saneamento básico. A promulgação da Lei 14.026/2020, conhecido como o Novo Marco Regulatório do Setor, encerrou um período de extensos e controvertidos debates no âmbito do Congresso Nacional, que contou, também, com vários atores da sociedade civil interessados em um dos maiores problemas da realidade brasileira: o saneamento básico.

Os números brasileiros do saneamento básico revelam um quadro extremamente preocupante. Estima-se que cerca de 100 milhões de brasileiros – quase metade da população – não tem acesso à coleta e ao tratamento de esgoto sanitário e 35 milhões não possuem encanamento de água em suas casas.

As consequências dessa situação são ainda mais problemáticas. Por causa da falta de tratamento adequado de água, crescem as possibilidades de disseminação de doenças causadas por vírus e bactérias. Não foi surpresa, portanto, a constatação de que a elevação do número de casos de pessoas contaminadas pelo novo coronavírus no Brasil teve íntima relação com a falta de acesso de parte da população a sistemas que permitem uma adequada higiene pessoal – especialmente a necessidade incontestável de lavar as mãos.

Ademais disto, estudos promovidos pelo Ministério da Saúde mostram que morrem cerca de 15 crianças por dia devido à falta ou insuficiência de esgotamento sanitário. São dados alarmantes, que reforçam a necessidade de se encontrar soluções adequadas para o enfrentamento de um problema que coloca o País numa posição permanente de subdesenvolvimento. Não há, atualmente, nação que possa ostentar o mínimo grau de civilidade com uma situação tão precária quanto a que vivemos, sendo fundamental se envidar todos os esforços no poder transformador do saneamento na vida das pessoas.

Ante o grande desafio que é mudar essa complexa realidade, nos últimos anos foram discutidas de modo mais enfático inúmeras propostas de reforma do setor. Em 2018, por exemplo, foi editada a Medida Provisória 868/2018 tendo por objetivo atualizar o Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil. A MP não foi convertida em lei.

Em 2019, o eminente Senador Tasso Jereissati (PSDB-CE) apresentou Projeto de Lei do Senado Federal, e foi esse o projeto que tive a honra de relatar na Câmara dos Deputados Federal.

Nas incansáveis discussões sobre o tema, a todo momento se revelava uma circunstância nuclear: o principal problema relacionado ao completo desenvolvimento do setor de saneamento no Brasil decorre, primordialmente, da falta de massivos investimentos.

Várias são as razões para esse quadro, as quais remontam à própria estruturação inicial do setor nos anos 1960. Apesar de uma reforma promovida em 2007, os investimentos continuaram a depender de recursos das empresas estatais e do arranjo de contratos de programa, que, como todos sabem, não foram suficientes para a expansão das redes de saneamento básico.

A proposta legislativa em discussão, portanto, detinha o propósito de conferir a segurança jurídica necessária para a atração de investimentos, o que significou a necessidade de se promover um novo arranjo regulatório, sob condução da Agência Nacional de Águas (ANA).

Com efeito, longe de defender uma postura de privatização do setor, o que sempre se pretendeu foi elevar o grau de participação de agentes econômicos, de forma a ampliar a competição em projetos concessórios. O núcleo fundamental das atualizações foi de aumentar a capacidade qualitativa dos prestadores, de forma a atender os anseios da coletividade.

Espera-se que, nos próximos anos, sejam vistos os resultados das mudanças legislativas, sempre com vistas a beneficiar os usuários do serviço, colocando o Brasil em uma posição condizente com seu propósito desenvolvimentista.

A obra que agora chega ao mercado tem o condão de celebrar esse invulgar momento do saneamento no País. As reflexões nela concebidas, retratadas por autoridades de altíssimo relevo no cenário nacional, servem como contribuição exaustiva para o aprofundamento do debate e como um candeeiro altivo para alumiar a correta interpretação desse novíssimo sistema normativo, funcionando como instrumento indispensável para alterar o rumo da História Brasileira no que se refere a tão sonhada universalização dos serviços de saneamento básico, com benefícios imediatos à toda população brasileira.

GENINHO ZULIANI

Deputado Federal

Relator do Novo Marco Regulatório na Câmara dos Deputados

Sumário

Apresentação 5

Transformar em realidade a solução para o saneamento básico 11

1ª SEÇÃO

ASPECTOS GERAIS DO NOVO MARCO

1. Saneamento básico: a evolução jurídica do setor 17

Rodrigo de Pinho Bertoccelli

2. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico 35

Alexandre Santos de Aragão e Rafael Daudt D'Oliveira

3. Os desafios do saneamento e os incentivos para o avanço do setor 55

Daniela Sandoval e Jéssica Acocella

4. O regime jurídico de transição no novo marco legal do saneamento (Lei 14.026/2020) 71

Juliano Heinen e Rafael Maffini

5. Investimentos em Saneamento: será o novo marco regulatório capaz de nos levar ao atingimento da meta de universalização do saneamento básico no Brasil? 97

Charles Corrêa Schramm

2ª SEÇÃO

PRINCÍPIOS INFORMADORES DO REGIME DO SANEAMENTO BÁSICO

6. Princípios do Marco Legal do Saneamento Básico, com as alterações determinadas pela Lei 14.026, de 15 de julho de 2020 105

João Negrini Neto e Maria Carolina Negrini

3ª SEÇÃO
ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E
ESGOTAMENTO SANITÁRIO

7. Serviço Público de Saneamento Básico: abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Conceitos e implicações no novo marco regulatório 119
Artur Porto Alegre

4ª SEÇÃO
DRENAGEM E MANEJO DE ÁGUAS PLUVIAIS URBANAS

8. Drenagem e manejo de águas pluviais urbanas..... 137
André Luiz Freire

5ª SEÇÃO
TITULARIDADE, GESTÃO ASSOCIADA
E PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS
SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

9. Titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei Federal 14.026/2020 153
Ricardo Marcondes Martins
10. Gestão Associada da Prestação dos Serviços – o que muda com o Novo Marco Legal do Saneamento? 187
Natália Resende, Isadora Cohen e Fernando S. Marcato
11. Consórcios públicos e o marco legal do saneamento básico 201
Adilson Abreu Dallari
12. Gestão associada e outros arranjos institucionais para a prestação dos serviços de saneamento 211
Giuseppe Giamundo Neto e Fernanda Leoni
13. Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico 221
Rafael Domingos Faiardo Vanzella e Jéssica Suruagy Amaral Borges
14. Camisa 10: o Novo Marco Legal do Saneamento; um olhar para o futuro e as oportunidades de sinergia; exercício da titularidade; interesse local e interesse comum. Uma visão integrativa e modelos contratuais e societários 251
Adriano Candido Stringhini e Tales José Bertozzo Bronzato

6ª SEÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SANEAMENTO BÁSICO

15. Da Política Pública de Saneamento Básico no Novo Marco Regulatório..... 269
Percival José Bariani Junior e Paulo Henrique Triandafelides Capelotto
16. Aspectos atinentes à judicialização de Políticas Públicas e o novo marco legal do saneamento básico..... 297
Evane Beiguelman Kramer

7ª SEÇÃO ASPECTOS REGULATÓRIOS

17. As competências normativas da Agência Nacional das Águas e Saneamento Básico (ANA) em razão do advento da Lei federal 14.026, de 2020, modificativa do “marco legal” do saneamento 307
Maurício Zockun
18. A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico e os novos marcos normativos da Lei n. 14.026/2020: uma breve análise acerca das perspectivas e expectativas em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492 323
Christianne Dias Ferreira e Luís Carlos Martins Alves Jr.
19. Novo Marco do Saneamento e a atividade regulatória..... 335
Cristiana Fortini e Adriana da Costa Ricardo Schier

8ª SEÇÃO INVESTIMENTO PRIVADO NO SETOR DE SANEAMENTO

20. A Lei 14.026/2020 e a remoção das barreiras ao investimento privado 355
Cíntia Leal Marinho de Araujo, Gabriel Godofredo Fiuza de Bragança e Diogo Mac Cord de Faria
21. O “novo” marco do saneamento básico brasileiro: a importância do marco regulatório setorial e o mito da privatização 369
Jhonny Prado, Mariana de Araújo Antunes e Viviane Formigosa

9ª SEÇÃO DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

22. O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico e os modelos de emparceiramento com a iniciativa privada: a Concessão e a Parceria Público-Privada 389
Augusto Neves Dal Pozzo e Renan Marcondes Facchinatto

23. A Hora e a Vez do Setor Privado: Modelagem de Privatizações e Concessões no Setor de Saneamento 411
José Virgílio Lopes Enei
24. A economia política do novo marco legal do saneamento: do público vs. privado para as Parcerias Público-Privadas 423
Carlos Alexandre Nascimento, Antonio Sodré e Rafael Castilho
25. Delegação dos serviços de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos no novo marco regulatório de saneamento básico 441
Edgard Hermelino Leite Junior e Marcia Buccolo

10ª SEÇÃO

EMPRESAS ESTATAIS E SANEAMENTO BÁSICO

26. A oportunidade de negócio como alternativa à desestatização das empresas estatais de saneamento básico 461
Christianne de Carvalho Stroppa e Renila Lacerda Bragagnoli

11ª SEÇÃO

ASPECTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

27. Sustentabilidade econômica e social 479
Bruno Aurélio e Renan Sona Silva
28. Hipóteses de interrupção dos serviços na Lei de Saneamento 499
Silvio Luís Ferreira da Rocha

12ª SEÇÃO

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

29. Novo Marco Legal do Saneamento, variações regulatórias e consequências tributárias – Delimitação de despesas e de seu tratamento tributário para a composição do preço dos serviços de saneamento básico 505
Tácio Lacerda Gama e Viviane Câmara Strachicini

13ª SEÇÃO

ASPECTOS PENAIIS

30. A tutela penal do meio ambiente no desenvolvimento da atividade de saneamento básico 523
Cláudia Vara e Guilherme San Juan Araujo

Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico

RAFAEL DOMINGOS FAIARDO VANZELLA

Doutor em Direito (USP). Professor da FGV-SP. Advogado.

JÉSSICA SURUAGY AMARAL BORGES

Mestre em Direito Administrativo (PUC-SP). Advogada.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Regionalização dos Serviços Públicos. 2.1. Contextualização. 2.2. Fundamentos econômico-jurídicos. 2.3. A questão constitucional. 3. Prestação Regionalizada na PNSB original. 3.1. Experiências. 4. Prestação Regionalizada sob o Novo Marco. 4.1. Modalidades de regionalização. 4.2. Modalidades compulsórias. 4.3. Modalidades voluntárias. 4.4. Modalidades híbridas. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o marco regulatório do setor de saneamento básico é resultado de um complexo de normas jurídicas produzidas a partir de pelo menos cinco grandes leis federais, a saber: a Lei 9.984/2000, que cria a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA; a Lei 11.107/2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de modelos de gestão associada; a Lei 11.445/2007, que estabelece diretrizes

nacionais para o saneamento básico; a Lei 12.305/2010, que institui a política nacional de resíduos sólidos; e a Lei 13.089/2015, que institui o estatuto da metrópole.

Esse sistema normativo foi recentemente atualizado pela Lei 14.026/2020, a qual, ao lado dos dispositivos de alteração das leis mencionadas, contém normas próprias, acrescentando-se, assim, ao complexo legal anteriormente existente sobre o setor de saneamento básico. Todo esse

novo complexo, com as alterações introduzidas pela Lei 14.026/2020, e suas normas próprias, vem sendo chamado Novo Marco Legal do Saneamento Básico ou, simplesmente, para os fins deste artigo, Novo Marco.

Um dos objetivos do Novo Marco é não apenas a ampliação, mas, sobretudo, a reconfiguração da prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. Se, na versão original da Lei 11.445/2007, a prestação regionalizada vinha definida como aquela em que um único prestador atende a mais de dois titulares dos serviços públicos de saneamento básico, sob a repaginação da Lei 14.026/2020 ela passa a ser aquela estruturada por determinadas modalidades de regionalização – regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões, unidades regionais de saneamento básico, blocos de referência – para o atendimento de mais de um município. Não se faz mais referência à pluralidade de titularidades, mas, sim, à multiplicidade de municípios, o que remete à concentração de diversas titularidades sob a figura de uma única autoridade concedente.

Embora o texto original da Lei 11.445/2007 não vedasse a prestação regionalizada como forma de unificação de titularidades dos serviços de saneamento básico, ele limitava-a às atividades de regulação, planejamento e fiscalização. Não havia uma preocupação, no sistema inicial da Lei 11.445/2007, com a simplificação quantitativa das autoridades públicas materialmente competentes para prestar ou delegar os serviços públicos de saneamento básico. O objetivo, mais circunscrito, era promover uma associação de municípios para criar uma agência reguladora com competência comum sobre eles (como se verá no item 3 deste artigo, não por acaso a maior parte das experiências de regionalização

dos serviços de saneamento refere-se justamente à atividade regulatória) ou permitir certas economias à empresa estatal engajada, mediante contratos de programa, por diversos municípios de uma mesma região de fato (não necessariamente uma região legal, isto é, criada por lei, mas uma região entendida como uma unidade de negócio da empresa estatal). Até o Novo Marco, a prestação regionalizada foi, na prática, uma ferramenta de estatização do setor de saneamento básico.

A partir do Novo Marco, a prestação regionalizada pode ser útil para propósitos diametralmente opostos: a concepção formal dessa ferramenta está, agora, diretamente relacionada com a atração de capitais privados para o setor de saneamento básico. Como veremos no item 2.2.1 deste artigo, as economias de escala proporcionadas pela prestação regionalizada tornaram-se um adendo, em que pese relevante, dos efeitos econômico-jurídicos do instrumento, precipuamente voltado, na verdade, para a concentração das titularidades dos serviços públicos de saneamento básico em torno da figura de uma única autoridade concedente, em detrimento da diversidade de poderes locais. Sem ferir a autonomia municipal, pelas razões que serão aferidas no item 2.2.2, a nova roupagem da prestação regionalizada resulta em duas externalidades positivas da capacidade de contratação em bloco, isto é, abrangente de várias localidades submetidas a um único poder concedente.

Primeiramente, como se disse, há a simplificação quantitativa dos titulares dos serviços públicos em uma determinada região. Se estivermos diante de uma fração territorial compreensiva de 10 municípios, que em princípio seriam, cada qual e individualmente, materialmente competentes pela prestação dos serviços públicos no

interior de seus limites geográficos, passaríamos, mediante a prestação regionalizada, a uma única autoridade concedente: um operador interessado em atender à região participaria de apenas uma licitação, em vez de dez. A diminuição dos custos de transação também ressoaria na atuação dos órgãos de controle: a maior relevância do projeto provavelmente atrairia maior atenção da imprensa, do Tribunal de Contas, do Ministério Público, agentes que, se por um lado podem incurrir letargias nos processos de desestatização, por outro lado, promovem maior institucionalidade, transparência e segurança jurídica a partir do escrutínio prévio dos empreendimentos. Os requisitos de conformidade e integridade corporativa das companhias privadas recomendam, por vezes, participar de licitações em bloco ou estaduais em detrimento das estritamente locais (sem preconceito com os municípios, e sem embargo das peculiaridades das grandes capitais, é forçoso reconhecer que o grande capital tende a preferir recorrentemente os projetos com maior exposição à opinião pública, pela estabilidade que os processos de controle e de participação da sociedade civil trazem no longo prazo).

Em segundo lugar, a prestação regionalizada ampara os subsídios cruzados, isto é, um mecanismo econômico-financeiro pelo qual municípios mais atrativos sustentam aqueles menos atrativos. Essa técnica de *pool finance* é essencial em alguns mercados de infraestrutura, e o saneamento básico é um deles. Os limites geográficos das municipalidades não apenas impedem uma *solidariedade federativa*, mas podem se tornar, adicionalmente, antieconômicos

em atenção a determinadas soluções de projeto. De um lado, a abordagem municipalista pode insistir em alocações subótimas ou subaproveitamento de economias de escala. Se cada município integrante de determinada região optar por construir seu próprio e exclusivo sistema de tratamento de efluentes, uma economia das despesas e dos benefícios indiretos da construção restaria impossível (muito embora isso pudesse ser compensado por dimensões de projetos menores que atraíssem empreiteiras de menor porte, dispostas a praticar preços mais competitivos, resultantes em valores relativos mais vantajosos). Por outro lado, há um problema de seleção adversa: a iniciativa empresarial poderia se interessar apenas pelos municípios superavitários (em que as receitas tarifárias superaram as despesas de capital e operacionais para a universalização e atendimento dos serviços de saneamento básico), em detrimento dos municípios deficitários. A atuação individual dos municípios pode levar a resultados predatórios, ao passo que o desenvolvimento de certas políticas públicas tem dimensões e impactos que extrapolam limites administrativos municipais, demandando articulação e cooperação interfederativa.¹

Em suma, a prestação regionalizada, sob o Novo Marco, deixa de ser uma estratégia de negócio das empresas estatais – foi essa a sua limitação, na prática, no sistema original da Lei 11.445/2007 – para se constituir em uma técnica de estruturação das *concessões regionais*, isto é, projetos de desestatização que diminuem custos de transação, proporcionam economias de escala, permitem soluções de projeto mais

1. CRUZ, Maurício Feijó. Condicionantes metropolitanos para políticas públicas: análise dos transportes coletivos na região metropolitana de São Paulo (1999-2009). São Paulo: Hucitec, 2012, p. 54.

econômicas, evitam o desatendimento de determinados municípios, enfim, incrementam a atratividade à luz dos valores perseguidos em mercados competitivos e sem abrir mão de certos objetivos de política pública. A prestação regionalizada erige-se, assim, em autêntico instituto de direito econômico, que transcende os limites do direito administrativo, oferecendo ao formulador de políticas públicas pautas seguras para o exercício de suas funções criativas.

Evidentemente, nem tudo são flores. A prestação regionalizada, sob o Novo Marco, depende de alguns aparatos institucionais que ainda estão em desenvolvimento. Como veremos ao longo deste artigo, concentrar as titularidades dos serviços de saneamento básico sob a figura de um único poder concedente, por meio das modalidades de regionalização previstas em lei, continua sendo um desafio importante. Embora acreditemos que a autonomia municipal não seja violada por tais modalidades, é de se esperar questionamentos sob um ordenamento constitucional promotor das competências locais, que pouco soube tutelar o *conceito jurídico de interesse comum* dos entes federativos participantes das *regiões legais*. Por mais que haja compulsoriedade dos municípios na participação em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, as lacunas e incertezas a respeito da governança interfederativa, insuficientemente resolvidas (e ainda assim apenas em 2015, quase trinta anos após a promulgação da Constituição Federal) pelo Estatuto da Metrópole, deixam um amplo espaço para o voluntarismo e o oportunismo de lideranças políticas que não estão necessariamente comprometidas com as melhores políticas públicas. Por seu turno, as formas não compulsórias de regionalização, consistentes nos consórcios

públicos e nos convênios de cooperação, pouco mudaram sob o Novo Marco e continuam enfrentando obstáculos para sua implementação. Por fim, as novas formas de regionalização, concebidas pelo Novo Marco, que têm um caráter híbrido de compulsoriedade e voluntariedade, concernentes às unidades regionais de saneamento e aos blocos de referência, provavelmente serão utilizadas apenas burocraticamente: os estados efetivamente comprometidos em regionalizar a prestação dos serviços de saneamento básico tenderão a se servir do planejamento metropolitano ou microrregional, do que, aliás, já se tem precedentes independentemente das atualizações legislativas.

Não se deve menosprezar o passo relevante na reconfiguração da prestação regionalizada sob o Novo Marco, todavia, igualmente importa reconhecer que, na perspectiva jurídico-institucional, estamos em uma etapa relativamente inicial de um extenso percurso a ser trilhado. Fomentar eficiências típicas de um mercado competitivo no setor de saneamento básico, que teve por política pública, por mais de uma década, a consolidação de monopólios, convidará os juristas a se reposicionarem não apenas no espectro ideológico, mas, sobretudo, nos quadrantes do direito positivo.

2. REGIONALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A regionalização dos serviços públicos é um aspecto particular – em que pese, talvez, o mais importante e o mais descuidado pela experiência jurídica até o momento – da formação das regiões (*lato sensu*) legais. O conceito emerge do art. 25, § 3º, da Constituição Federal, que estabeleceu ser competência dos estados a instituição, mediante lei complementar estadual, de “(...) 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”. O dispositivo deu as bases para a elaboração jurídica, ainda muito latente, todavia, dos conceitos de *interesse comum* e de *funções públicas de interesse comum*.

A jurisprudência constitucional acerca desses conceitos e de seu conteúdo normativo ainda está em desenvolvimento, mas já permitiu que o Estatuto da Metrópole defina função pública de interesse comum como “*política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes*”. A formação das regiões legais – regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões – resulta, assim, de uma *necessidade comum* ou *regional*. Previamente à formação das regiões, há uma pluralidade de titularidades de funções públicas – entre as quais está a prestação dos serviços públicos – que consiste em obstáculo ou para servi-las concomitantemente em ponto ótimo de eficiência alocativa, ou para alcançar um patamar de coordenação em áreas comuns, ao lado das áreas estritamente individuais ou locais. A analogia com um condomínio é praticamente perfeita: para que todos os condôminos possam viver melhor é necessário que o síndico e o zelador cuidem das áreas comuns, as quais, aliás, restariam desatendidas, não fosse a estrutura administrativa de promoção da comunidade e da cooperação.

A questão jurídica, em termos sim- plistas, é exatamente a quem compete, nas regiões legais, as posições de síndico e de zelador, tal qual em um condomínio. É necessário buscar um equilíbrio entre a fragmentação e a aglutinação de interesses federativos, o que leva à definição de uma

entidade materialmente competente para o exercício das funções públicas voltadas ao seu atendimento. O mesmo Estatuto da Metrópole criou o conceito de *governança interfederativa das funções públicas de interesse comum*, compreendendo, no mínimo (art. 8º): instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas; instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil; organização pública com funções técnico-consultivas; e sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas.

As instâncias executiva e colegiada da estrutura de governança interfederativa criada para atender às funções públicas de interesse comum são particularmente desafiadas quando se trata especificamente da *prestação de serviços públicos de interesse comum* (entre todas as demais funções públicas presentes na regionalização). Ao lado de simples *atos materiais*, ínsitos às noções de planejamento e organização, a prestação de serviços públicos pressupõe e também põe *atos normativos*, que vinculam em longo prazo, em decisões que não podem ulteriormente ser simplesmente revistas sem consequências jurídicas e práticas que afetam significativamente os atores envolvidos.

O Novo Marco não atacou frontalmente o desafio. Embora seja o primeiro dado legislativo no Brasil que dissecou, entre as funções públicas de interesse comum, a prestação (*comum* ou *regionalizada*) dos serviços públicos, ele não foi suficientemente assertivo sobre se, e em que medida, a instância executiva ou a instância colegiada, ou ambas, da estrutura de governança interfederativa se torna o Poder Concedente dos serviços públicos de interesse comum.

É verdade que, com o Novo Marco, o art. 8º da Lei 11.445/2007 passou a enunciar:

Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

I – os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II – o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum. (...)

A lei traduziu, assim, a concepção de que, instituída a regionalização, e demonstrado o compartilhamento de determinadas infraestruturas, o interesse comum modifica a própria competência material dos entes federativos no setor de saneamento básico. Os municípios deixam de ser isoladamente competentes para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico em seus territórios, mas alcançam, em conjunto entre si e com o estado instituidor da região legal, a posição de *consortes* ou *comunheiros* na matéria. Em outras palavras, a lei buscou conferir o *status* de Poder Concedente a uma *comunhão* de entes federativos participantes, em papéis diversos, da região legal. Mas a quem compete a representação legal dessa comunhão?

O Novo Marco limitou-se a remeter essa pergunta ao Estatuto da Metrópole, o qual, entretanto, nunca pretendeu respondê-la, sobretudo, como se disse, na específica matéria dos serviços públicos de interesse comum, entre todas as demais funções públicas de interesse comum. O Estatuto da Metrópole sequer conhece a expressão *serviço público*. Nada obstante, a pergunta

remanesce: quem é o Poder Concedente na região legal? Seriam as instâncias da estrutura de governança interfederativa? Tais instâncias têm personalidade jurídica? Ou caberia a tais instâncias criar uma pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, para o exercício da *titularidade comum* ou *conjunta*? A região legal dispensa ou depende de uma combinação com algum instrumento de gestão associada, como um consórcio público ou um convênio de cooperação?

Não parece haver dúvida de que a regionalização das funções públicas, dado o interesse comum a elas subjacentes, no figurino legal do Novo Marco, procurou tratar especificamente da prestação de serviços públicos de interesse comum, sob o conceito de prestação regionalizada. Quando delegada por meio de concessão ou permissão, a prestação regionalizada assume o modelo da *concessão regional*. Quem será, entretanto, seu Poder Concedente?

Houve todo um esforço, do Novo Marco, para afirmar que só existe um Poder Concedente na prestação regionalizada, naquela tendência de concentração das titularidades sob a figura de uma única autoridade, de unificação das titularidades dos serviços públicos de saneamento básico ou, ainda, de simplificação quantitativa das autoridades materialmente competentes pela prestação dos serviços públicos. Impossível ignorar, porém, a lacuna sobre a definição dessa autoridade única, concentrada, simplificada, representante legal da comunhão de entes federativos participantes da região legal.

Há, adicionalmente, uma segunda lacuna, talvez mais grave e difícil de superar. Identificado o representante legal da comunhão de entes federativos participantes da região legal, questiona-se como se dá o processo de formação da sua vontade. Cada município participante tem um voto válido

igual aos demais? Quanto vale o voto do estado, que compartilha a titularidade dos serviços de saneamento nas regiões legais? Como solucionar os impasses oriundos das deliberações em que não houver unanimidade ou consenso? O conteúdo da governança interfederativa está vazio, e o seu desenho não é simples de ser preenchido. O Novo Marco não ofereceu qualquer diretriz a esse respeito.

Após abordar a antítese da regionalização dos serviços públicos – que consiste na municipalização dos mesmos serviços públicos –, seus fundamentos econômico-jurídicos e o reconhecimento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (que serão os objetos centrais deste capítulo), passaremos, nos capítulos seguintes, a indicar as modalidades legais de regionalização e, sobretudo, como elas podem suprir as inconsistências delineadas nessa breve introdução.

2.1. Contextualização

A antítese da regionalização dos serviços públicos consiste na municipalização dos mesmos serviços públicos. A Constituição Federal atribuiu aos municípios, na forma do art. 30, V², a competência para organizar e prestar diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local, incluído expressamente o transporte coletivo, em relação ao qual se reconheceu o “caráter essencial”.

A par do transporte coletivo, do qual a Constituição Federal sublinhou a essen-

cialidade, não houve a designação expressa das atividades que compõem o objeto das competências atribuídas pelo art. 30, V, em contraposição às competências da União que estão expressamente dispostas no art. 21 da Constituição Federal.

Por força do mencionado dispositivo constitucional, o atributo do “interesse local” encerra o conjunto de atividades que se inserem no âmbito de competência material dos municípios atinente à prestação dos serviços públicos. A isenção da Constituição Federal quanto à enumeração dos serviços públicos de competência dos municípios (diferentemente do que ocorre com a União), ainda que restringido àqueles identificados como de interesse local, teve como efeito a liberdade do legislador para determinar os serviços sob a incumbência dos municípios.

Assim, partindo de uma concepção formal³ do regime de serviços públicos, e em vista da discricionariedade franqueada ao legislador, serviços não definidos expressamente como serviços públicos pela Constituição Federal podem ser assim estabelecidos por lei ou pela constituição de outros entes federativos. No caso dos serviços públicos prestados pelos municípios, a indeterminação do termo “interesse local” tem justificado a criação de diversos serviços públicos municipais pelo legislador.

No que tange especificamente ao saneamento básico, embora a Constituição Federal tenha desenhado um complexo quadro de competências envolvendo a União, os

2. “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”.

3. A esse respeito, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 187; e GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 87.

estados e os municípios⁴ no planejamento, regulação e execução dos serviços, não estabeleceu claramente sob que esfera federativa deveria estar a responsabilidade pela organização e prestação desses serviços.

Nessa esteira, com a edição da Lei Federal 11.445/07, sobreveio a regulamentação geral aplicável aos serviços públicos de saneamento básico, suprimindo a antiga indeterminação quanto à responsabilidade pelos serviços. Ainda que não de forma explícita, a Lei Federal 11.445/2007 atribuiu tal responsabilidade aos municípios, consagrando, em termos infraconstitucionais, a municipalização dos serviços públicos de saneamento básico.

Ao tratar do exercício da titularidade dos serviços no Capítulo II, a Lei 11.445/07, em sua versão original, não aludia de forma expressa à competência municipal. No entanto, essa opção do legislador podia ser depreendida da leitura conjugada do art. 3º, VI e do art. 11, § 4º, que, em seu conjunto, previam que a prestação regionalizada abrangia um prestador que atendesse a “2 (dois) ou mais titulares”; ao passo que as competências da lei, no âmbito da prestação regionalizada, eram exercidas pelo conjunto de municípios conjuntamente atendidos, como passamos a destacar:

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

VI – prestação regionalizada: aquela em que um único prestador atende a 2 (dois) ou mais titulares; (...)

Art. 11. (...) § 4º Na prestação regionalizada, o disposto nos incisos I a IV

do caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá se referir ao conjunto de municípios por ela abrangidos.”

Nessa esteira, os municípios consolidaram-se como titulares dos serviços públicos de saneamento básico, sendo que a possível regionalização dos serviços não implicava automaticamente a limitação de sua competência material. A perda, total ou parcial, da titularidade dos serviços de saneamento básico por um determinado município dependia de uma delegação voluntária, dos municípios, enquanto titulares, a outros entes federativos ou estruturas de gestão associada.

Importa mencionar que, quando ocorreu a edição da Lei 11.445/2007, o legislador buscou sedimentar a competência municipal para organizar e prestar os serviços públicos de saneamento básico, apenas reconhecendo a configuração de interesse local, na forma do art. 30, V, da Constituição Federal. A ausência de menção, na versão original da Lei 11.445/2007, acerca das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, ou de qualquer outra forma de regionalização que não fosse pelos instrumentos de gestão associada (que são voluntários), revela a omissão quanto às situações de interesse comum na prestação dos serviços de saneamento básico, em desalinhamento com o art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

Essa opção do legislador encontrou dissonância na opinião relevante da doutrina que, antes mesmo da promulgação da

4. Nos termos do art. 21, XX, da Constituição Federal compete à União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Por outro lado, constitui competência comum da União, estados, Distrito Federal e municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (conforme art. 23, IX, da Constituição Federal).

Lei 11.445/2007, já entendia que, sob determinadas circunstâncias, sobretudo sob a presença das condições do art. 25, § 3º, da Constituição Federal, caracterizava-se o interesse comum na prestação de serviços públicos, afastando a competência estritamente local ou municipal. A esse respeito, conferimos Caio Tácito,⁵ Diogo Figueiredo Moreira Neto,⁶ Luís Roberto Barroso⁷ e Marçal Justen Filho.⁸

Para essa doutrina, essencialmente, o saneamento básico pode deixar de expressar a titularidade estritamente municipal quando as redes de infraestrutura que o compõem não se restringirem aos limites territoriais ou administrativos do município. Nessas hipóteses, diante da instituição de região metropolitana, o estado passa a ser corresponsável por assegurar o interesse regional em benefício do princípio da continuidade e da eficiência, porquanto torna unitária e coordenada a gestão dos

serviços originariamente adstritos à administração municipal.

Nesse mesmo sentido, os tribunais vinham assentando o entendimento de a titularidade municipal ser o princípio, isto é, de a competência material sobre o serviço do saneamento básico, à luz do art. 30, V, da Constituição Federal, ser de cada município. Tal princípio, entretanto, comportaria exceções: em se tratando de regiões metropolitanas, envolvendo municípios contíguos, em que os titulares compartilham a infraestrutura, a gestão do saneamento básico é deslocada em parte para a esfera de competência do estado instituidor da região metropolitana.

A esse respeito, exemplificativamente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1.842/RJ, julgada em 28 de fevereiro de 2013, o STF discutiu a competência do estado do Rio de Janeiro para prover e gerir serviços públicos (notadamente o de

-
5. TÁCITO, Caio. *Saneamento Básico – Região Metropolitana – Competência Estadual* (Parecer). In: Revista de Direito Administrativo, vol. 222, Rio de Janeiro, out./dez. 2000 p. 2.
 6. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Poder Concedente para o abastecimento de Água*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, nº 1, Rio de Janeiro, 1999. p. 13.
 7. BARROSO, Luís Roberto. *Saneamento básico: Competências constitucionais da União, Estados e Municípios*. Revista de Informação Legislativa, nº 153, jan./mar. 2002.
 8. “Em princípio, o Município é sempre titular da competência para organizar e prestar os aludidos serviços públicos. Mas existem inúmeras hipóteses em que se configuram interesses supralocais ou conjuntos de diversos entes federados. Bem por isso, é possível considerar que, dependendo das circunstâncias, configurem-se interesses municipais e estaduais – refletindo-se na titularidade conjunta dos serviços. A integração do Município em uma região metropolitana é um forte indicio de que os serviços de saneamento básico devem ser considerados como de interesse supramunicipal. Haverá casos em que será impossível dissociar o interesse dos diversos Municípios, o que redundará na existência de serviços públicos a serem prestados de modo articulado pelos diversos Municípios. Pode-se cogitar, inclusive, do surgimento de interesse estadual na medida em que os diversos Municípios não atinjam uma solução convencional satisfatória. E não seria descabida a própria atuação federal em hipóteses em que os diversos Municípios estivessem sediados em Estados diversos” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer elaborado sobre minuta de anteprojeto de Lei de Saneamento Básico*, 2005. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/516/509>>. Acesso em: 20/08/2020).

saneamento básico) em regiões metropolitanas. A polêmica tratada remontava à década de 1990, quando o estado do Rio de Janeiro havia editado duas leis que criaram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos (Lei Complementar nº 87/1989) e estabeleceram as competências e as formas de gestão dos serviços metropolitanos (Lei nº 2.869/1997). Conforme suas disposições, os serviços de interesse comum, em especial os de saneamento, seriam tratados e deliberados em Conselho, composto pelos municípios e estado, mas seria atribuída ao estado a palavra final nas decisões. Assim, o Conselho assumia caráter de órgão consultivo, na medida em que a decisão final estava atribuída de modo definitivo ao estado do Rio de Janeiro, limitando a participação efetiva dos municípios na gestão dos serviços de saneamento básico no âmbito da região metropolitana. Em virtude da transferência de competências operada por essas normas, os requerentes da ADI nº 1.842/RJ, ajuizada em junho de 1998, entendiam que tal transferência violava uma série de regras e princípios de natureza constitucional. Pretendia-se que o STF declarasse, por isso, que os municípios deveriam ter a última palavra no que tangesse à prestação dos serviços de saneamento básico, no âmbito da região metropolitana. Ou seja, o ponto central discutido nos autos foi o da validade material das disposições normativas que, ao instituir a região metropolitana do Rio de Janeiro e a microrregião dos Lagos, transferiram do âmbito municipal para o estadual as competências administrativas e normativas próprias dos municípios, que dizem respeito aos serviços de saneamento básico.

No julgamento de mérito, a maioria dos Ministros do STF votou pela parcial procedência da ação, no sentido de que a gestão dos serviços de saneamento básico deve

ser compartilhada entre os municípios e o estado, embora não tenha sido definido o modelo que deveria ser adotado pelos entes federados para que o compartilhamento e a gestão associada fossem efetivados. Em outras palavras, o STF entendeu que não é constitucional a edição de lei estadual que, ao regulamentar determinada região metropolitana, transfere para o estado o exercício de atribuições que foram, pela Constituição Federal, atribuídas aos próprios municípios (o que ocorre em relação aos serviços de interesse local).

No entanto, nesse contexto, ainda que sem elaborar propostas concretas, o STF entendeu que não é legítimo desprezar as competências e o papel institucional do estado na prestação de serviços de interesse regional no âmbito das regiões metropolitanas. Outro precedente do STF que aponta para o mesmo entendimento é a ADI 2.077/BA, que discorreu sobre dispositivos da Constituição Estadual da Bahia.

No âmbito do estado de São Paulo, a ADI 2071833-93.2013.8.26.0000, que tramitou perante o Tribunal de Justiça de São Paulo – TJ-SP, debateu sobre a prestação dos serviços de saneamento básico no município de Guarulhos, no estado de São Paulo, em que as leis municipais do município (Leis nº 7.095/2012, 7.096/2012 e 7.102/2012, respectivamente, a Política Municipal dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, a contratação de parceria público-privada, precedida de concorrência pública pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos (SAEE) e, por fim, a criação de Agência Reguladora dos Serviços Públicos de Saneamento Básico) tiveram dispositivos questionados.

Atacando as três leis, o Governador do estado de São Paulo propôs a referida ADI, sustentando, em resumo, que o município

não deteria a titularidade exclusiva dos serviços públicos de saneamento básico, tendo sido violados o art. 152, inciso IV e parágrafo único; o art. 153, *caput* e § 1º; o art. 154, *caput* e, ainda, o art. 205, *caput* e inciso V, todos da Constituição do Estado de São Paulo. O Governador sustentou, em suma, que os serviços regulados pelas leis municipais perderam a característica de meramente locais, na medida em que integrariam, espacial e socialmente, um todo sistêmico, não sendo possível, portanto, invocar o art. 30, V, da Constituição Federal nesse caso. Tratar-se-ia, no caso, de serviço de âmbito urbano-regional, o qual se operaria independentemente da manifestação do município, uma vez que, segundo entendimento sedimentado, a integração do município à região metropolitana seria compulsória, nos termos da Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 1.139/2011. Por conseguinte, não caberia ao município de Guarulhos criar e organizar com exclusividade seus serviços autônomos de água e esgoto, na medida em que apenas aqueles municípios não inseridos no contexto de regiões metropolitanas deteria a exclusiva gestão deles.

Em sua decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, julgou procedente a ação sob o fundamento de que o município de Guarulhos, assim legislando, a pretexto de dispor sobre o assunto de interesse local, teria acabado por desrespeitar o pacto federativo e a repartição de competências, uma vez que a matéria tratada nos diplomas legislativos teria adquirido relevância regional e não exclusivamente local.

Por todos esses pontos, verifica-se que a municipalização dos serviços públicos de saneamento básico promovida pela versão original da Lei 11.445/2007, omissa com relação ao tema do interesse comum,

já nasceu com inúmeras fragilidades. Isso ocorreu, na medida em que o setor de saneamento básico é extremamente marcado pelo interesse comum – o que não necessariamente ocorre com outros setores regulados. Veremos, no próximo item, por que esse interesse comum se manifesta com tanta frequência no setor de saneamento básico.

2.2. Fundamentos econômico-jurídicos

A construção do espaço urbano está em permanente conflito com as infraestruturas indispensáveis para o funcionamento das cidades. Se a marcha histórica é pela valorização imobiliária e permanente promoção da paisagem urbana, não é difícil imaginar como uma estação de tratamento de águas ou de efluentes atrapalha o seu avanço. É de se esperar que determinadas infraestruturas sejam afastadas da mancha urbana (embora a centrífuga não seja a única força admissível pelos melhores urbanistas), e os cuidados ambientais necessários à preservação dos mananciais hídricos, fundamentais para a captação de água de boa qualidade para o abastecimento das cidades, recomendam que os reservatórios estejam imunes ao surgimento dos novos bairros e preferencialmente localizados em áreas de proteção ambiental. Se o adensamento populacional traz fortes economias de escala para a operação dos serviços públicos de saneamento básico, ele expulsa para áreas cada vez mais periféricas as infraestruturas de superfície, necessárias para atender às economias locais.

A urbanização e a conurbação geram, por isso, uma interdependência entre os municípios em matéria de saneamento básico. Aqueles mais adensados geram mais resultados financeiros (a operação tende a ser mais econômica) e aqueles menos adensados e circunvizinhos acabam recebendo,

ao menos em parte, as infraestruturas para atender toda a região. Os municípios mais adensados perdem sua autonomia operacional, na medida em que a paisagem urbana deles faz os reservatórios, as adutoras, as estações de tratamento, os sistemas de distribuição de superfície, entre outras infraestruturas, cederem lugar para empreendimentos imobiliários e equipamentos urbanos. Nada obstante, ganham escalas financeiras que podem e devem ser compartilhadas com outros municípios, na medida em que esses outros suportam um sistema integrado de prestação de serviços públicos, e é razoável que afirmem parte das vantagens operacionais de seus vizinhos mais adensados, já que cederam território para instalações que atendem também a esses últimos.

A municipalização do saneamento básico é, por conseguinte, contraditória ao processo de desenvolvimento das cidades. O crescimento da população em determinada cidade fá-la-á mais dependente dos municípios circunvizinhos que suportarão as infraestruturas necessárias para o atendimento da população regional. E vice-versa: as economias dos municípios mais adensados recomendarão o compartilhamento das eficiências com aqueles menos adensados. As soluções de projeto e de negócio levarão esses dados em consideração. O sucesso de uma cidade fará o interesse local ser afastado pelo interesse comum. Se tudo der certo, a municipalização é etapa histórica que deverá ser em algum momento superada, ao menos no setor de saneamento básico. E já o foi, em boa parte das regiões metropolitanas brasileiras, que concentram percentual expressivo da população total do país.

É o interesse comum a mais de um ente federativo que leva à prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico. O

interesse comum no âmbito das regiões legais comporta alguns signos.

O primeiro deles, de natureza técnico-operacional, é expressamente reconhecido pelo Novo Marco, caracterizado pela interdependência de municípios em função do compartilhamento de infraestruturas e instalações operacionais. Sob o Novo Marco, serviços públicos de saneamento básico de interesse comum são aqueles “*prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios, denotando a necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais*”. Em paralelo, serviços públicos de saneamento básico de interesse local são “*funções públicas e serviços cujas infraestruturas e instalações operacionais atendam a um único Município*”. A diferença, como se disse acima, ressoa na própria titularidade do serviço público de saneamento: configurado o interesse comum – o qual se deflagra não apenas pela instituição meramente burocrática de uma região legal, mas pelo efetivo compartilhamento técnico-operacional das infraestruturas subjacentes à prestação do serviço – a titularidade municipal convola-se em titularidade regional, isto é, do estado em conjunto com os municípios participantes da região legal. O município perde, com isso, o poder concedente, mas conquista o direito de participar da comunhão de interesses regionais. A dúvida, como salientamos acima, é como se representa legalmente essa comunhão, isto é, como essa comunhão se transforma efetivamente em titular dos serviços

públicos de saneamento básico de interesse comum, inclusive e especialmente para o exercício da função de poder concedente.

O segundo signo do interesse comum, no setor de saneamento básico, consiste naquele de natureza econômico-financeira. A oportunidade de gerar eficiências ou de mitigar ineficiências, em atenção ao princípio da eficiência que governa a Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), é relevante para deflagrar o interesse comum.

O Novo Marco é, infelizmente, lacunoso a esse respeito. Ele limitou-se a relacionar interesse comum com compartilhamento de infraestruturas técnico-operacionais. A relação é correta, mas incompleta. O interesse comum pode se manifestar igualmente por outros signos. O dado econômico-financeiro é fundamental. Não nos parece ser legítimo que os municípios invoquem o interesse local apenas porque não compartilham infraestruturas técnico-operacionais. É preciso que eles provem que determinada solução de projeto não destrói valor para a região legal de que participa. É evidente que em casos de prestações consolidadas historicamente, o fato consumado deverá, mesmo em termos de eficiência, contar a favor do interesse local: uma situação de *path dependence*, na vertente *history matters*, traz suas próprias ineficiências para ser revertida.⁹

Falamos, na introdução, de alguns conteúdos do signo econômico-financeiro do interesse comum. Mencionamos a mitigação dos custos de transação, as economias de escala, as soluções de projeto mais econômicas, a diminuição de riscos morais e de

problemas de seleção adversa. Todos esses fatores contribuem para a configuração do interesse comum, justificando a concentração de titularidades sob uma única autoridade responsável pela prestação e, no seu corolário da delegação, pela concessão dos serviços públicos de saneamento básico de interesse comum. Esses fatores também geram valor para a região legal como um todo e para cada município dela participante, e há uma teleologia no Novo Marco para que os operadores privados participem desses ganhos de eficiência, à medida que se disponham a tomar parte desse processo de geração de valor. Não é difícil demonstrar o porquê.

Para atingir as metas de universalização dos serviços de saneamento básico, serão necessários investimentos não suportados pelo orçamento público. Mesmo as empresas estatais não dependentes carecem de capacidade para contratar financiamentos nos volumes requeridos para promover a universalização em atenção aos cronogramas idealizados e às exigências de alavancagem e garantias dos mercados financeiros e de capitais. Nesse sentido, os balanços patrimoniais das companhias privadas são cogitados como a alternativa para que, até 2033, 99% da população brasileira esteja atendida com água potável, e 90% da mesma população, com coleta e tratamento de esgotos sanitários (tudo a par dos demais objetivos da Política Nacional de Saneamento Básico, como a redução das perdas na distribuição, a efficientização do consumo de energia no abastecimento de água e no tratamento de esgotos e a diminuição das intermitências no abastecimento de água e dos extravasamentos de esgotos sanitários).

9. LIEBOWITZ, S.; MARGOLIS, Stephen (2000). Encyclopedia of Law and Economics, p. 981. Disponível em: <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0770-path-dependence.pdf>>. Acesso em: 23/08/2020.

Pelo 24º diagnóstico dos serviços de água e esgoto do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS, em 2018, a média nacional do índice de atendimento de abastecimento de água é de 92,8%, ao passo que a média nacional do índice de atendimento de coleta de esgotos é de 60,9% e de tratamento de esgotos é de 46,3% (esgotos gerados) e de 74,5% (coletados), sempre considerando as populações das áreas urbanas das cidades brasileiras. O Ministério da Economia estima que serão necessários mais de R\$ 700 bilhões em investimentos nos próximos anos para que as metas de universalização sejam alcançadas. Nada obstante, pelo próprio SNIS, em 2018, o Brasil investiu pouco mais de R\$ 13 bilhões, e no triênio 2016 a 2018, pouco mais de R\$ 35 bilhões. A manter esse ritmo, e a julgar pela média nacional de atendimento de tratamento de esgotos, quando se olha para os esgotos gerados, subjugaríamos, por várias décadas, percentual relevante da população brasileira (atualmente mais da metade) literalmente à imundícia extrema, o que é inadmissível sob qualquer ponto de vista.

O processo de geração de valor das prestações regionalizadas e de seu corolário na delegação, isto é, as concessões regionais, é em parte voltado para a atração de capitais privados para o setor de saneamento básico. Do ponto de vista econômico-financeiro, o interesse comum fundamenta

não apenas a prestação regionalizada, mas, também, seu corolário na delegação, isto é, as *concessões regionais*. O modelo das concessões regionais está baseado na unicidade de poder concedente para todos os municípios participantes de uma mesma região legal. Essa unicidade decorre, por sua vez, da configuração do interesse comum, a qual se dá pelo conteúdo do signo econômico-financeiro, sem prejuízo do signo técnico-operacional e de outros que possam ser desvendados, no caso concreto.

Com efeito, o interesse comum pode ter outros signos além dos ora abordados. Do ponto de vista ambiental, urbanístico, paisagístico, histórico, é possível, juridicamente, encontrar elementos para configurar o interesse comum. Não nos parece que o legislador possa ter limitado um conceito – interesse comum – que a própria Constituição Federal quis suficientemente amplo para abarcar a complexidade das situações concretas.

2.3. A questão constitucional

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela preocupação com a garantia da autonomia dos municípios,¹⁰ conferindo-lhes, inclusive, a competência para a organização e a gestão dos serviços públicos cujo interesse se atenha aos seus limites territoriais.

Há, por outro lado, o claro reconhecimento pelo constituinte dos processos de

10. A concretização da aspirada autonomia dos municípios, mais do que dita pela Constituição, passava pelo atendimento de alguns princípios, que, na concepção de Hely Lopes Meirelles, consistem no (a) poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria); (b) poder de autogoverno (eleição do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores); (c) poder normativo próprio ou autolegislação (elaboração de leis municipais dentro dos limites de atuação traçados pela Constituição da República); e (d) poder de autoadministração (administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre os tributos e suas rendas) (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94).

urbanização e conurbação pelos quais atravessam regiões que compreendem mais de um município. Assim, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 também compreende o Estado brasileiro por meio de uma lógica de integração, caracterizada pela necessidade do desenvolvimento integrado e complementar dos entes federativos que o compõem.¹¹

Nesse novo contexto, a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre os institutos de região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões, estabelecendo em seu artigo 25, § 3º,¹² a competência dos estados para a instituição, mediante lei complementar, dessas formas de integração federativa para a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

À luz do art. 25, § 3º, da Constituição, a caracterização e a existência da região metropolitana pressupõem diversos fatores que podem ser agrupados em três grandes temas: (i) características de ordem física, (ii) características de ordem funcional; e (iii) características de ordem organizacional.

Nesse aspecto, do ponto de vista físico, o Estatuto da Metrôpole, instituído pela

Lei 13.089/2015, posteriormente definiu as áreas metropolitanas como “representação da expansão contínua da malha urbana da metrópole, conurbada pela integração dos sistemas viários, abrangendo, especialmente, áreas habitacionais, de serviços e industriais com a presença de deslocamentos pendulares no território” (art. 2º, VIII).

No que toca à sua formação, à luz da Constituição de 1988, a instituição das regiões metropolitanas ocorre por meio de lei complementar estadual de caráter compulsório, não se condicionando à aprovação dos municípios por ela abrangidos, tendo como finalidade compor uma administração uniforme.

A compulsoriedade da participação dos municípios abrangidos na lei municipal que cria as regiões metropolitanas é corroborada pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 7.963, do Espírito Santo, e 1.841, do Rio de Janeiro, julgadas ambas pelo Supremo Tribunal Federal – STF, respectivamente em 1998 e 2002. Em ambos os precedentes, o STF declarou inconstitucionais dispositivos de constituições estaduais, respectivamente do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, que estabeleciam

11. Nas palavras de Alaôr Caffé Alves, “vigora atualmente um quadro de competências constitucionais cuja distribuição caracteriza o federalismo de integração, sucessor do federalismo de cooperação, ambos contrários ao federalismo dualista, de caráter rígido tradicional, onde dominavam as competências exclusivas. (...) a interpretação sistêmica da Constituição Federal deve sempre levar em conta os objetivos de integração entre os interesses públicos nacionais, estaduais, distritais e municipais, precisamente na forma como foram intencionados pelo legislador constituinte” (ALVES, Alaôr Caffé. *Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: Novas Dimensões Constitucionais da Organização do Estado Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes1.htm>>. Acesso em: 09/08/2020).

12. “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”.

condicionantes para a criação de regiões metropolitanas: plebiscito popular, no primeiro caso, aprovação da Câmara Municipal, no segundo.

No mérito, os Ministros do STF sustentaram que, conforme o art. 25, § 3º, da Constituição Federal, bastava o requisito de instituição de região metropolitana em lei editada pelo estado, sendo contrário à Constituição de 1988 qualquer outra exigência adicional para que os municípios abrangidos por tal lei estadual integrem a região metropolitana. Isto é, ao estado caberá organizar a região metropolitana, instituindo, para tanto, uma entidade metropolitana capaz de articular as funções e competências necessárias para o exercício de funções comuns do município, sem, no entanto, usurpar as competências dos entes municipais como titulares dos serviços públicos de interesse local. Por meio dessa entidade, materializam-se instâncias, sendo uma delas colegiada, por meio do qual todos os entes participantes de uma região metropolitana decidirão, todos em conjunto, a melhor forma de prosseguir com assuntos que dizem respeito ao interesse comum dos municípios participantes.

Na região metropolitana, visando à integração de serviços comuns às áreas associadas, impõe-se a dominância do interesse comum metropolitano sobre o interesse local. Nesse aspecto, conforme lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:¹³

“a região metropolitana pressupõe uma necessária e contínua competência estadual para a prestação do serviço público comum oferecido a uma comunidade que ultrapassa as fronteiras municipais, embora a lei

instituidora possa admitir a ação conjunta do estado e dos municípios agrupados.”

Desse modo, na medida em que o interesse comum tem supremacia sobre o interesse local, a competência é deslocada em parte ao estado, de forma que, nos municípios incluídos em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, os serviços públicos deixam de ser de competência municipal plena, para prever competências compartilhadas entre os municípios e o estado respectivo.

A atribuição de competência pela Constituição para a prestação dos serviços públicos em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões atende a um racional embasado em questões econômicas e geográficas. Por outro lado, a Constituição Federal preocupou-se em permitir a regionalização dos serviços sem que se verifiquem os pressupostos fáticos que permitem a criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

Nesse diapasão, o art. 241 da Constituição Federal dispôs sobre a possibilidade de regionalização da prestação de serviços, sem a necessidade de os titulares serem contíguos, mas apenas em atenção à *vontade* dos entes federativos de conjugarem esforços, de forma consensual, para a gestão de serviços públicos. Nos termos do art. 241 da Constituição Federal,

“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

13. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Op. cit.*, 1999, p. 13.

como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

Por meio desses instrumentos, autoriza-se 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. Assim, como se verá a seguir, a gestão associada de serviços públicos foi inicialmente disciplinada, no território nacional, pela Lei 11.107/2005.

As características próprias dos instrumentos de integração e cooperação previstos no art. 241 da Constituição Federal são a *avoluntariedade* dos entes que os compõem e a maior complexidade de implementação. Voluntariedade, porque os entes federativos que participam de consórcios públicos e de convênios de cooperação o fazem por vontade própria, sem nenhuma imposição legal por outro ente federativo. São, por conseguinte, mecanismos contratuais, os quais, nada obstante, em princípio, demandam edição de lei autorizativa específica por parte de cada ente federativo participante daqueles instrumentos, a fim de que sejam ratificados e juridicamente eficazes.

3. PRESTAÇÃO REGIONALIZADA NA PNSB ORIGINAL

Como dissemos ao introduzir este trabalho, a prestação regionalizada inaugurada pela versão inicial da Lei 11.445/2007 referia-se a situações em que um prestador

executava os serviços em área abrangente de dois ou mais titulares, contíguos ou não. Ademais, a prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico tinha por características a uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração e a compatibilidade de planejamento, nos termos do art. 14 da Lei 11.445/2007¹⁴, posteriormente revogado pela Lei 14.026/2020.

Além da prestação propriamente dita das atividades consistentes em serviços públicos de saneamento básico, de forma direta ou indireta, o marco legal do saneamento – em sua versão original – também admitia que, na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderiam ser exercidas: (i) por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal; e (ii) por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

Por conseguinte, os instrumentos de gestão associada previstos na Lei 11.107/2005, em atenção ao art. 241 da Constituição Federal, assumiram o protagonismo no que se refere às formas de construção de prestações regionalizadas em saneamento básico. Nada obstante, como veremos no item 3.2, abaixo, e tivemos oportunidade de salientar na introdução deste texto, prestações regionalizadas, sob a roupagem original da Lei 11.445/2007, limitaram-se

14. Em sua versão original, o art. 14 da Lei 11.445/2007 previa que “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 experiências com formação de agências reguladoras intermunicipais ou com planejamento estratégico e regulatório das empresas estatais. Não há precedente relevante identificado quanto à concentração das titularidades dos serviços públicos de saneamento básico em torno de uma única autoridade concedente.

Outro ponto de dúvidas sob o marco legal do saneamento, em termos originais, era se o convênio de cooperação celebrado entre entidades federativas diversas, com o objetivo de autorizar a celebração de contratos de programa entre o titular e a empresa estatal pertencente ao outro ente conveniente (art. 13, § 5º, da Lei 11.107/2005), precisava ser ratificado por lei e, se sim, de qual ente federativo: do titular, do outro ente conveniente ou de ambos? A Lei 11.107/2005 sempre foi silente sobre o assunto. Coube ao seu decreto regulamentador, 6.017/2007, ao definir convênio de cooperação, em seu art. 2º, VIII, como sendo “*o 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*”, optar pela solução mais burocrática: a parte final da definição fala em lei editada por todas as partes (e com retumbante cacofonia – “por cada”). O malfeito parece ter sido resolvido pelo Novo Marco, ao assegurar dispensa de lei autorizativa para a celebração do convênio de cooperação (art. 8º, § 4º, da Lei 11.445/2007), sem descuidar da estabilidade das relações contratuais constituídas sob sua vigência: “*A retirada ou a extinção de consórcio público ou convênio de cooperação não prejudicará as obrigações já constituídas, inclusive os contratos, cuja extinção dependerá do pagamento das indenizações eventualmente devidas*” (art. 11, § 2º, da Lei 11.107/2005).

Em paralelo, importa discernir as duas formas como originalmente previstas no marco do saneamento. A gestão associada serve como instrumento a serviço da prestação regionalizada, conferindo-lhe a forma necessária do ponto de vista do direito posto. Assim, uma companhia estatal estadual que preste serviços no âmbito de dois municípios terá a si delegada a prestação dos serviços por meio de contrato de programa, ou seja: pressupondo-se instrumentos de gestão associada, como se verá a seguir.

No entanto, a gestão associada pode ser adotada sem que ocorra necessariamente a prestação regionalizada dos serviços, em situações como a de municípios que delegam a prestação dos serviços para entes da Administração Pública do Estado, sobretudo as companhias estaduais de saneamento, nos limites territoriais do titular que o delega. Como vimos, cerrando-se nos limites de um e mesmo titular, a prestação de serviços não constitui uma prestação regionalizada, ainda que envolva atividades prestadas por mais de um ente federativo (no caso, a prestação dos serviços por empresa estatal pertencente à entidade federativa distinta daquela do titular do serviço).

Em suma, a gestão associada, em que pese reverenciada pelo sistema inicial da Lei 11.445/2007, parece ter consistido mais em uma estratégia para justificar, em termos jurídicos e legais, a dispensa de licitação entre o titular do serviço e a empresa estatal de saneamento básico controlada por outro ente federativo. Novamente, mais uma ferramenta à disposição da estatização do setor de saneamento básico, em detrimento das suas potencialidades de promoção de eficiências atrativas do capital privado, de modo a enfeixar as concessões regionais.

Com a proibição da celebração de contratos de programa pelo Novo Marco (art. 10

da Lei 11.445/2007, conforme a nova redação conferida pelo novo Marco)¹⁵, matou-se pela raiz esse germen – muito embora possa renascer sob o manto das contratações administrativas convencionais, pelo regime da Lei 8.666/1993, seja para fins emergenciais, seja por inexigibilidade de licitação, o que requererá vigilância permanente da comunidade jurídica. Tem-se, afinal, um ambiente propício para que os instrumentos de gestão associada sejam utilizados para promover a prestação regionalizada e facilitar enormemente, agora de forma desburocratizada, as concessões regionais.

3.1. Experiências

Como o legislador, quando ocorreu a edição da Lei 11.445/2007, optou por conferir aos municípios a titularidade dos serviços de saneamento básico, predominou, nos últimos anos, a prestação dos serviços diretamente, por meio de autarquias ou empresas públicas municipais (com

alguns, porém, poucos casos de concessões municipais) ou indiretamente, por meio de delegação por contrato de programa, a empresas estatais controladas pelos estados. Em algumas situações, além da prestação dos serviços, são delegadas aos estados também as funções de planejamento, regulação e fiscalização, mediante gestão associada, seja no âmbito de uma prestação regionalizada ou na prestação individualizada por localidade.

A esse respeito, cumpre observar os dados divulgados anualmente pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades, por meio do “Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento”, com base em dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS.

Para a elaboração do último diagnóstico, publicado em dezembro de 2019, referente ao ano de 2018,¹⁶ foram consultados prestadores de serviços¹⁷ que atendem a

15. Além da proibição da celebração de novos contratos de programa, há interpretação no sentido de que os contratos de programa em vigor não podem ser prorrogados ou regularizados (no caso das prestações de fato). Essa interpretação reforça-se pelo processo legislativo do Novo Marco. Conforme versão aprovada pelo Congresso Nacional em 24 de junho de 2020, o Novo Marco continha o art. 16, pelo qual *“Os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, assim consideradas aquelas em que tal prestação ocorra sem a assinatura, a qualquer tempo, de contrato de programa, ou cuja vigência esteja expirada, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovados mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art.10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual”*. O citado art. 16 do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional foi, entretanto, vetado pela Presidência da República.
16. SECRETARIA NACIONAL DE SANEAMENTO AMBIENTAL DO MINISTÉRIO DAS CIDADES. Diagnóstico dos serviços de água e esgoto. 2018. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf>. Acesso em: 19/08/2020.
17. Para o diagnóstico, prestador de serviço corresponde à instituição responsável pela administração e operação dos sistemas e serviços, podendo ter a forma de a) administração direta;

municípios que possuem rede de abastecimento de água ou rede de coleta de esgotos.

O universo de prestadores de serviços que responderam aos formulários completos e participaram desse levantamento soma um total de 1.568 prestadores. Desses prestadores, 28 são de abrangência regional, 8 de abrangência microrregional e 1.532 prestadores de abrangência local. Pelo critério adotado, os prestadores de abrangência regional são aqueles que “atendem a diversos municípios, limítrofes ou não, e geralmente correspondem às companhias estaduais”. Por sua vez, a abrangência microrregional é aquela em que “a prestação dos serviços atende a menor quantidade de municípios, limítrofes ou não, do que os prestadores regionais”, ao passo que a abrangência local corresponde ao atendimento de um único município. Vale notar que esses critérios não correspondem necessariamente à definição de prestação regionalizada de lei, porquanto o Diagnóstico considerou tão somente a prestação dos serviços.

Embora o número absoluto de prestadores locais seja superior, os dados obtidos pelo SNIS revelam que “os prestadores de serviços de abrangência regional são responsáveis pelo atendimento de 78,0% dos municípios que responderam ao SNIS em 2018 para abastecimento de água e 55,5% para esgotamento sanitário. Em termos de população urbana, esses percentuais são de 73,9% para abastecimento de água e 66,4% para esgotamento sanitário”.

Ademais, de acordo com o diagnóstico, “na comparação com o total de municípios

do país, os prestadores de serviços de abrangência regional atendem a 72,3% dos municípios brasileiros com abastecimento de água e a 25,2% com esgotamento sanitário, números esses que correspondem a um percentual da população urbana residente de 73,5% e 59,7%”.

Ainda, o SNIS aponta que a grande maioria dos prestadores de serviços de abrangência regional são sociedades de economia mista, em um total de 24. Além dessas companhias estaduais de saneamento, há duas autarquias (DEPASA, no Acre, e ATS, no Tocantins), e uma empresa privada (SANEATINS, no Tocantins) e uma empresa pública (COPANOR, em Minas Gerais). Entre os prestadores de serviços de abrangência microrregional, têm-se três autarquias e cinco empresas privadas. Ainda, os 1.532 prestadores de serviços locais abrangidos no levantamento são formados pela administração pública direta (em 996 municípios), autarquias (em 442 municípios), empresas privadas (em 100 municípios) e demais naturezas jurídicas (em 14 municípios).

No que se refere aos instrumentos de gestão associada, conforme estudo técnico elaborado pela Confederação Nacional de Municípios – CNM, em 18 de outubro de 2018, dos consórcios públicos existentes, 94 possuem competência compatível com a prestação de serviços de abastecimento de água e 72 consórcios públicos podem atuar na gestão dos serviços de coleta de esgoto.¹⁸

Já o Banco de Dados de Consórcios de Saneamento Básico, desenvolvido no âmbito do Edital de Convocação da Fundação

b) autarquia; c) sociedade de economia mista; d) empresa pública; e) empresa privada; e f) organização social.

18. CNM-Confederação Nacional de Municípios. Estudo Técnico. 2018. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Mapeamento%20dos%20cons%C3%B3rcios%20p%C3%BABlicos%20brasileiros.pdf>>. Acesso em: 09/08/2020.

Nacional de Saúde – FUNASA, em 2016, com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico,¹⁹ levando em conta as mais variadas fontes dos consórcios públicos que efetivamente atuam no setor de saneamento básico, identificou (i) 5 consórcios públicos que efetivamente atuam na regulação dos serviços de saneamento básico e (ii) 13 consórcios que efetivamente atuam prioritariamente ou exclusivamente em abastecimento de água e esgotamento sanitário, no apoio à prestação dos serviços e/ou como prestadores de serviços. Nota-se, portanto, uma baixa adesão a esse instrumento de gestão associada para a efetiva prestação dos serviços.

A experiência do setor nos últimos anos denota que há uma grande quantidade de municípios sendo atendidos por empresas estatais estaduais, mantida a titularidade individualmente por município, cada qual celebrando, com essas últimas empresas, um contrato de programa (agora prática proibida pelo Novo Marco). A prestação regionalizada, mencionada pelo sistema inicial da Lei 11.445/2007, limitou-se, quando muito, a um compartilhamento das funções de planejamento, regulação e fiscalização. Tratou-se de instrumento para promover economias a unidades de negócios das empresas estatais, que atuam por região (não necessariamente região legal, mas, como se disse, região enquanto unidade de negócio) no vasto território de seu ente controlador.

4. PRESTAÇÃO REGIONALIZADA SOB O NOVO MARCO

A forma prevalecente de organizar e distribuir a prestação dos serviços no território

nacional constitui um dos fatores que tem impedido a instituição de políticas de subsídios cruzados e os almejados ganhos de escala que incrementam em eficiência a prestação dos serviços de saneamento básico, sendo que, nesse último caso, também se restringe a viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços. Por conseguinte, a intenção de reparar essas distorções e eliminar os gargalos no setor decorrentes da municipalização deram a tônica das inovações do Novo Marco no que tange à prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico.

É patente que as alterações introduzidas tiveram como princípio norteador a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico em detrimento da municipalização anteriormente consolidada. Esse eixo, subjacente à lei, manifestou-se de maneira expressa no art. 49, XIV, incluído pela Lei nº 14.026/2020, que prevê ser objetivo da Política Federal de Saneamento Básico “promover a regionalização dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala, por meio do apoio à formação dos blocos de referência e à obtenção da sustentabilidade econômica financeira do bloco”.

Como se viu, e se reforçará adiante, um grande avanço do Novo Marco foi incorporar as regiões metropolitanas no quadro de competências do saneamento básico, atribuindo aos estados, em conjunto com os municípios, a titularidade pelos serviços nesse contexto. Ademais, a participação dos estados e da União na concepção de regiões em que os serviços serão prestados contribuirá para a concretização da regionalização dos serviços, no mesmo sentido dos demais incentivos incluídos no novo marco.

19. FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. Banco de Dados de Consórcios de Saneamento Básico. Manual de Instruções, 2016. Disponível em: <<http://cisaneamento.lucashappy.com/consorcios>>. Acesso em: 09/08/2020.

4.1. Modalidades de regionalização

Sob o Novo Marco, a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico pode ocorrer diretamente, por meio da comunhão de titulares, ou mediante delegação, sob o modelo das concessões regionais. Em qualquer caso, a prestação regionalizada pressupõe a *declaração da regionalização*, que tem como principal efeito jurídico a concentração ou aglutinação, no todo ou em parte, de diversas titularidades dos serviços de saneamento básico em torno de uma única autoridade pública. Ainda sob o Novo Marco, a etapa prévia da declaração da regionalização pode ocorrer mediante os seguintes instrumentos:

4.2. Modalidades compulsórias

A instituição, por lei estadual, das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões implica a obrigação de os municípios participantes dessas regiões legais compartilharem a competência material das funções públicas configuradas como sendo de interesse comum. Os municípios perdem a primazia sobre tais serviços e passam a ser comunheiros entre si e com o estado da titularidade comum dos serviços de saneamento básico. Essa regionalização independe da vontade dos municípios e tem como requisitos (i) a edição de lei estadual instituidora da região legal e (ii) um ou mais signos do interesse comum. Como dissemos, e fazemos questão de reforçar, seu principal efeito é sobre a competência material sobre os serviços públicos de saneamento básico: eles passam a ser de interesse comum quando verificados aqueles requisitos, o que remete a uma titularidade comum responsável pela prestação regionalizada ou, caso delegada, um único poder concedente para uma pluralidade de municípios.

O Estatuto da Metrôpole definiu regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, restando silente sobre microrregiões (em que pese ter expressamente determinado a aplicação de suas disposições a elas quando tiver características predominantemente urbanas). Para essa lei, região metropolitana é “*unidade regional instituída pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum*”; já aglomeração urbana consiste na “*unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 (dois) ou mais Municípios limítrofes, caracterizada por complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas*”.

A partir de sua publicação, confirmou-se o caráter obrigatório de os municípios participarem de uma região metropolitana devidamente instituída pelo estado, obedecidos os parâmetros de organização da forma de integração constantes da lei que a criou. Disso resulta a regionalização do planejamento, execução e prestação dos serviços públicos nas regiões metropolitanas.

Nesse sentido, o Estatuto da Metrôpole determina que, instituídas as regiões metropolitanas e as aglomerações urbanas pelos estados por meio de lei complementar (art. 3º), os entes federativos delas participantes deverão, impreterivelmente, promover a governança interfederativa. Já tivemos anteriormente a oportunidade de fazer uma crítica a esse tratamento legal, o que recapitulamos brevemente pela importância do tema: há lacuna legal sobre as efetivas competências das instâncias executiva e colegiada da governança interfederativa, especialmente no que concerne à possibilidade de exercício do poder concedente, e também sobre o conteúdo

de temas, por assim dizer, difíceis, em matéria de inter-relacionamento e aplicação no âmbito dessa governança, como critérios de voto, poderes de veto, resolução de impasses, de conflitos e aportes financeiros. Essas lacunas podem significar efetivo comprometimento do principal objetivo da prestação regionalizada, que é a concentração das titularidades sob a figura de uma única autoridade concedente.

Por essa razão, nos casos concretos mais recentes, a instituição da região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião vem acompanhada de algum instrumento de gestão associada (o qual, como se verá abaixo, diferentemente da região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, é voluntário, não compulsório). Nesse sentido, as boas práticas de estruturação das concessões regionais têm apontado o estado como o poder concedente, e não a região legal em si representada pela comunhão dos titulares dos serviços públicos de saneamento básico de interesse comum. Para tal fim, importa sublinhar que o § 5º do art. 8º da Lei 11.445/2007 dispõe que “o titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação”.

Disso resulta que, no contexto da prestação regionalizada em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, em atenção à vontade dos titulares (é dizer, do estado e dos municípios, quando houver interesse comum), os instrumentos de

gestão associada podem ser utilizados entre o estado e a região legal, representada pelas suas instâncias da governança interfederativa, para a delegação, ao estado, do exercício isolado da regulação, da fiscalização e funções de poder concedente no âmbito regional.

4.3. Modalidades voluntárias

A Constituição Federal concebeu dois instrumentos para os entes federativos realizarem a gestão associada: os consórcios públicos e os convênios de cooperação. Com a edição da Lei 11.107/2005 e posterior regulamentação pelo Decreto 6.017/2007, foram estabelecidas as regras procedimentais aplicáveis a tais institutos.

A despeito de os consórcios públicos e os convênios de cooperação perseguirem os mesmos objetivos, cada um deles apresenta peculiaridades. Inicialmente, vale observar que os consórcios públicos constituem entidades personificáveis, ou seja, estão destinados a se configurarem como pessoas jurídicas, com autonomia pessoal e patrimonial.²⁰ Os convênios de cooperação, por sua vez, são meros acordos, de modo que não integram a Administração Pública Indireta.

Apesar do arcabouço jurídico existente, são poucas as normas voltadas à tutela dos convênios de cooperação. Aos consórcios públicos, diferentemente, o legislador estabeleceu uma série de regras procedimentais. O Novo Marco introduziu o § 4º ao art. 1º da Lei 11.107/2005, a fim de

20. A fim de elucidar o que se há de compreender por consórcio público, vale transcrever o conceito estabelecido pelo Decreto 6.017/2007 para defini-los: “consórcio público: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos” (art. 2º, I).

esclarecer que “aplicam-se aos convênios de cooperação, no que couber, as disposições desta Lei relativas aos consórcios públicos”. Subjacente a ambos os institutos, está a voluntariedade: tanto o consórcio público quanto o convênio de cooperação são negócios jurídicos de direito público que, como tais, assentam-se no acordo de vontades entre as entidades federativas de les participantes. Não há compulsoriedade. A participação em uma ou outra forma é resultado de um juízo estrito de conveniência e oportunidade, muito embora, sob o Novo Marco, haja incentivos para que os municípios adotem modelos de gestão associada visando à promoção da prestação regionalizada, seja de forma independente de outras modalidades de regionalização, seja de forma combinada com outras modalidades de regionalização.

Independentemente das outras modalidades de prestação regionalizada, os instrumentos de gestão associada (consórcios públicos e convênios de cooperação) podem ser aplicados em situações em que municípios, contíguos ou não, sem configuração de interesse comum, resolvam compartilhar a gestão dos serviços de saneamento básico sob sua titularidade estrita, preservado o interesse local.

Dessa forma, em que pese o Novo Marco tenha confiado ora a missão de regionalizar os serviços públicos de saneamento básico aos estados (seja mediante a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, seja mediante a criação de unidades regionais de saneamento básico), ora à União (para os blocos de referência), não se desprezou a possibilidade de os entes federativos comporem seus interesses e estabelecerem entre si o compartilhamento da gestão dos serviços de saneamento básico. Nesse sentido, o § 4º do art. 8º da Lei 11.445/2007 previu que “os Chefes dos

Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico” (...).

Por esse motivo, o § 1º do art. 8º realçou que, paralelamente ao exercício da competência dos municípios, em caso do interesse local, e dos estados, em conjunto com os municípios, diante de regiões legais, cabe o exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico por meio de gestão associada, como passamos a destacar:

“Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

I – os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II – o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições:

I – fica admitida a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de autarquia intermunicipal;

II – os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como

objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório (...).”

O dispositivo facultou aos municípios a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de municípios. Conforme a previsão do Novo Marco, tais consórcios intermunicipais poderão instituir autarquia intermunicipal responsável por prestar o serviço aos seus consorciados diretamente.

Ademais, o inciso II do § 1º do art. 8º dispôs que os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de saneamento básico. Ficou vedada a formalização de contrato de programa entre os referidos consórcios com empresas estatais, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório, na esteira das medidas adotadas pela lei para induzir a concorrência no setor.

Um importante avanço da lei, também no sentido de conferir segurança jurídica e desburocratizar a formação da gestão

associada, foi o disposto no § 4º do art. 8º.²¹ Como já mencionamos, o dispositivo em questão sanou a dúvida que pairava em relação à necessidade de lei para a celebração de convênios de cooperação. Previu-se sua dispensa, afastando a dúvida anteriormente suscitada pelo art. 2º, VIII, Decreto 6.017/2007, para os fins da celebração de convênios no âmbito de gestão associada para a prestação dos serviços de saneamento básico.

4.4. Modalidades híbridas

Entre as regiões legais e os instrumentos de gestão associada, que marcam os extremos em termos de compulsoriedade e voluntariedade, respectivamente, na adesão dos entes participantes, o Novo Marco concebeu outras formas de prestação regionalizada que, de certa forma, combinam as modalidades anteriores. Por essa razão, reconhecemo-las como modalidades híbridas, dado um misto de compulsoriedade e voluntariedade na sua formação. Essencialmente, sua instituição não depende da iniciativa espontânea dos municípios, mas do estado ou da União. Nada obstante, a participação efetiva, por parte dos municípios, nessas modalidades, depende da adoção de um instrumento de gestão associada (a não ser que já sejam integrantes de uma região legal), o que remete para a necessidade de seu acordo e consentimento. Tais modalidades híbridas são a unidade regional de saneamento básico e o bloco de referência.

A unidade regional de saneamento básico e o bloco de referência são modalidades

21. “§ 4º Os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, em caso de convênio de cooperação, a necessidade de autorização legal”.

de prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico. Recém-criadas, essas novas formas foram definidas pelas alíneas “b” e “c” do inciso VI do art. 3º da Lei 11.445/2007, quais sejam:

“(…) b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos;

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares.”

De pronto, é possível notar que essas novas modalidades de prestação regionalizada se particularizam em relação às regiões legais por delas não resultarem a obrigatoriedade quanto à adesão: nesses casos, o ingresso dos municípios é voluntário, ao contrário do que acontece com as regiões legais.

Porém, a Lei 14.026/2020 alterou a Lei 11.445/2007, passando a condicionar (mediante a inclusão dos incisos VII, VIII e IX ao art. 50) a alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União (i) à estruturação de prestação regionalizada; (ii) à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional

de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada; e (iii) à constituição da entidade de governança federativa no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada. Há, por conseguinte, um sistema de incentivos para que os municípios abrangidos pela unidade regional ou pelo bloco de referência participem efetivamente dessas modalidades, mediante a adoção combinada de um instrumento de gestão associada. Nesse sentido, a relação jurídica entre os titulares abrangidos no âmbito de blocos de referência, conforme atualmente determina o art. 3º, VI, “c”, da Lei 11.445/2007, será formalizada e disciplinada por meio de instrumentos de gestão associada, a saber: consórcios públicos e convênios de cooperação.

É importante sublinhar que os incisos mencionados se referem à adesão dos titulares, portanto, levam em conta também os estados, nas hipóteses de regiões metropolitanas em que haja o interesse regional configurado. Ainda, o § 1º do art. 50 da Lei 11.445/2007 ganhou nova redação, pela qual:

“Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos que visem ao atendimento dos Municípios com maiores déficits de saneamento cuja população não tenha capacidade de pagamento

compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços.”

Quanto à instituição, resta claro que as unidades regionais pertencem à alçada dos estados, ao passo que o estabelecimento dos blocos de referência está na esfera de competência da União. O exercício da citada competência, pela União, ocorre de forma subsidiária à previsão de unidades regionais pelos estados, em vista do disposto no § 3º do art. 52, a saber: “a União estabelecerá, de forma subsidiária aos Estados, blocos de referência para a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico”.

Para tanto, a Lei 14.026/2020 esclareceu que os estados instituirão as unidades regionais por meio da edição de leis ordinárias. Não ficou determinado, por sua vez, o veículo normativo que estabelecerá os blocos de referência. Uma analogia apresada com a determinação legal direcionada às unidades regionais poderia sugerir que uma lei federal seria a forma adequada de instituir blocos de referência. Entretanto, vale lembrar que a adesão dos municípios nessas estruturas é voluntária. Assim, a criação de um bloco de referência por decreto federal, em princípio, não fere a autonomia dos titulares, sejam eles os municípios ou os estados, em se tratando de regiões legais.

Assim, ainda que essas formas novas de prestação regionalizada não obriguem o ingresso dos municípios, estabelecem incentivos de ordem financeira para que participem. Embora o mesmo aconteça com a gestão associada, já que a condição do art. 50 para o recebimento de recursos da

União também admite esses instrumentos como forma de buscar a regionalização, as unidades regionais e os blocos de referência só podem ser constituídos a partir de um ato normativo originário exclusivamente pelo estado ou pela União, enquanto que a gestão associada depende apenas da convergência de vontades e eventual aprovação legislativa posterior (para consórcios) de todos os entes. Disso resulta que, em termos de voluntariedade e participação em sua proposição, as unidades regionais e os blocos de referência constituem formas híbridas entre as regiões metropolitanas e a gestão associada.

Outra particularidade das unidades regionais e dos blocos de referência em relação a algumas regiões legais é a desnecessidade da contiguidade entre os municípios contíguos. Ainda em relação à composição, conquanto a lei não estabeleça com o caráter cogente, ela recomenda que a unidade regional contemple pelo menos 1 (uma) região metropolitana, descrevendo como “preferencial” a sua integração por titulares dos serviços de saneamento, conforme disposto no § 2º do art. 8º,²² ressaltando a necessidade de se apresentar sustentabilidade econômico-financeira.

Não é fixada e tampouco recomenda a composição dos blocos de referência. Entretanto, ante aos expressos objetivos de atingir ganhos de escalas e conferir sustentabilidade econômico-financeira dos blocos, é razoável proceder por analogia, para entender que o objetivo do legislador é replicar a preferência pela existência de, no mínimo, uma região metropolitana nos blocos de referência.

22. “§ 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento”.

O § 3º do art. 8º da Lei 11.445/2007 prevê que a estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico seguirá o disposto na Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da MetrÓpole). Assim, a gestão dos serviços será, em princípio, assumida por entidade interfederativa que compreenda a representação de todos os titulares que componham a referida estrutura. Por outro lado, nada impede que o estado assumam tal atribuição, conforme eventual instrumento próprio de gestão associada entre os entes participantes da unidade regional em questão, mediante aplicação do § 5º do art. 8º da Lei 11.445/2007,²³ em sua versão atualizada.

5. CONCLUSÕES

A prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico – diretamente pela comunhão dos titulares originários ou mediante as concessões regionais –, a adoção de uma modalidade de regionalização a fim de concretizar o principal objetivo do Novo Marco a esse respeito: concentrar a pluralidade das titularidades sob a figura de uma única autoridade, aglutinar as titularidades dos serviços públicos de saneamento básico ou, ainda, simplificar quantitativamente as autoridades materialmente competentes pela prestação dos serviços públicos de saneamento básico. É por meio desse efeito sobre a competência material dos serviços públicos de saneamento básico que se perseguem os valores econômico-financeiros com que se pretende atrair a iniciativa privada para o setor e, com isso, permitir-se a consecução das metas de universalização de tais serviços.

Todo esse esforço para definir, de modo concentrado, aglutinado, unificado, simplificado o poder concedente – o que, no fundo, mais interessa primordialmente à iniciativa privada – não é adequadamente empreendido por nenhuma das modalidades de regionalização previstas em lei, em que pese sua combinação e a modelagem de estruturas específicas para cada caso concreto possam conferir viabilidade aos empreendimentos de prestação regionalizada.

As regiões legais – regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões – têm uma disciplina jurídica da estrutura de governança a elas aplicável ainda muito indefinida. Não se sabe qual é exatamente o papel das instâncias executiva e colegiada de tais regiões, a quem compete sua representação legal, sobretudo para o exercício das funções de poder concedente, e como se resolvem questões importantes em matéria de voto, veto, impasses, conflitos e contribuições financeiras interfederativas em seu âmbito. Por essa razão, vêm sendo combinadas com instrumentos de gestão associada, especificamente convênios de cooperação entre a região – representada para tal fim pelo seu colegiado –, o estado enquanto entidade delegatária do exercício das titularidades, mas exclusivamente para o fim de, ulteriormente, conceder a prestação dos serviços de saneamento básico mediante prévia concorrência entre os interessados.

A formação da decisão pela celebração do convênio de cooperação nessas situações, porém, pode apresentar inconsistências relevantes. Se um município participante da região legal for dissidente e não concordar com

23. “§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação”.

o convênio, ele se manteria vinculado ante o voto da maioria dos municípios participantes? Qual o valor do voto de cada município? O estado pode tomar parte dessa deliberação? Se sim, qual o valor do seu voto?

As demais modalidades de regionalização apresentam, por sua vez, ainda mais desafios. Os consórcios públicos requerem aprovação de lei ratificadora do protocolo de intenção por todos os entes federativos consorciados, formam uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado com relação à qual o mercado financeiro tem reticências sobre a sua financiabilidade e, até hoje, não disseram respeito a estruturas para conferir viabilidade às concessões regionais, tendo se bastado mais na criação de agências reguladoras ou de entidades para a autoprestação ou o autoatendimento dos serviços básicos para as próprias entidades federativas consorciadas. Os convênios de cooperação, em estado puro, porque tenham se desburocratizado, em razão da dispensa de lei autorizativa para sua celebração, talvez tenham um potencial maior: se um conjunto de municípios decidir delegar a um deles a prestação, ou ao estado, sempre visando à ulterior concessão mediante prévia concorrência, essa possibilidade estará amparada pelo Novo Marco. Nada obstante, é esperado que, na prática, tais municípios estejam previamente organizados em região legal, unidade regional de saneamento ou bloco de referência, remetendo para as modalidades híbridas.

Entre essas, em que pesem os incentivos de caráter financeiro estabelecidos pelo Novo Marco, o traço da voluntariedade sobressai-se. Em termos racionais, os municípios vão fazer um cálculo sobre o que vale mais a pena para si próprios: ou participar da prestação regionalizada, compartilhando suas capacidades de geração de receita, e assim obter recursos federais;

ou permanecer em soluções isoladas, à medida que a apropriação individual de suas próprias receitas representar resultado financeiro maior do que o recebimento de um quinhão dos recursos federais. Por que um município decidirá subsidiar seus vizinhos? Se essa decisão couber apenas a ele, como está pressuposto nas modalidades de regionalização voluntárias e híbridas, isso apenas acontecerá quando o valor do subsídio cruzado for menor do que o valor obtido pelo quinhão dos recursos federais.

O equacionamento deverá vir, como salientamos em outra parte deste artigo, do planejamento metropolitano ou microrregional do território estadual. Particularmente as microrregiões, embora dependam, por força constitucional, da contiguidade territorial, oferecem muitas potencialidades, dada sua disciplina rarefeita e, ao mesmo tempo, que admite a estrutura de governança interfederativa.

Novamente, porém, é fundamental avançar nessa última: governança interfederativa. Mais de cinco anos após a publicação do Estatuto da Metrópole, pouquíssimo se avançou juridicamente nesse tema. E o Novo Marco fez uso recorrente dele, a ponto de claramente alicerçar a prestação regionalizada a partir do conceito.

O principal desafio para as prestações regionalizadas e seu corolário pela delegação, as concessões regionais, está no desenvolvimento dos conteúdos jurídicos da governança interfederativa, à luz das principais questões que lançamos ao longo deste artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: Novas Dimensões Constitucionais da Organização do Estado Brasileiro. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes1.htm>>. Acesso em: 09/08/2020.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: Competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista de Informação Legislativa, nº 153, jan./mar. 2002.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. Estudo Técnico: mapeamento dos consórcios públicos brasileiros, 2018. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Mapeamento%20dos%20cons%C3%B3rcios%20p%C3%BAblicos%20brasileiros.pdf>>. Acesso em: 15/08/2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de direito administrativo. 24ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.
- FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. Banco de Dados de Consórcios de Saneamento Básico. Manual de Instruções, 2016. Disponível em: <<http://cisaneamento.lucashappy.com/consórcios>>. Acesso em: 09/08/2020.
- GOMES, Marcos Correia. Os Consórcios Públicos na Lei Federal nº 11.107/2005. ILC, Curitiba, v. 13, n. 144, fev. 2006, p. 119-129.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo, Malheiros, 2003.
- HARGER, Marcelo. Consórcios Públicos na Lei nº 11.107/05. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. versão atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Parecer elaborado sobre minuta de anteprojeto de Lei de Saneamento Básico, 2005. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/516/509>>. Acesso em 20/08/2020.
- _____. Parecer sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos, 2005. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/527/520>>. Acesso em: 29/08/2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 16. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Poder Concedente para o abastecimento de Água. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, nº 1, Rio de Janeiro, 1999.
- TÁCITO, Caio. Saneamento Básico – Região Metropolitana – Competência Estadual (Parecer). In: Revista de Direito Administrativo, vol. 222, Rio de Janeiro, out./dez. 2000.
- SECRETARIA NACIONAL DE SANEAMENTO AMBIENTAL DO MINISTÉRIO DAS CIDADES. Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, 2019. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf>. Acesso em: 19/08/2020.
- SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. Lei nº 11.107/2005: marco regulatório dos consórcios públicos brasileiros. ILC, Curitiba, v. 12, n. 142, dez. 2005, p. 1027-1046.