

O fim dos contratos de programa no saneamento: o início de uma nova discussão?

The end of program contracts in sanitation: the beginning of a new discussion?

DOI:10.34117/bjdv8n4-53

Recebimento dos originais:21/02/2022

Aceitação para publicação: 31/03/2022

Jamil Gonçalves do Nascimento Junior

Mestre em Direito

Instituição: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP)

Endereço: Av. Bandeirantes, 3900 - Vila Monte Alegre, Ribeirão Preto – SP

CEP: 14040-906

E-mail: nascimento.jr@unesp.br

José Carlos de Oliveira

Mestre e Doutor em Direito

Instituição: Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Endereço: Av. Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900, Prolongamento Jardim Dr. Antônio

Petrágliã, Franca - SP, CEP: 14409-160

E-mail: jose.c.oliveira@unesp.br

Renato Garcia Paro Silva

Mestrando em Direito

Instituição: Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Endereço: Av. Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900, Prolongamento Jardim Dr. Antônio

Petrágliã, Franca - SP, CEP: 14409-160

E-mail: renato.gp.silva@unesp.br

RESUMO

O problema da universalização do acesso ao serviço de saneamento básico estimulou a alteração legislativa atual, que tem em sua subjacência a pretensão de criar ambiente juridicamente seguro para atrair o capital privado, e assim garantir que quase a totalidade da população brasileira tenha acesso à água potável e ao esgotamento sanitário até 2033. Ocorre que, com esse objetivo precípua de deslocar o Estado da função de prestador de serviço, as mudanças acabaram por limitar a possibilidade de os Municípios, valendo-se de sua autonomia, realizarem a gestão associada mediante contratos de programa firmados com as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESB), estatais que desde a década de 70 com o PLANASA assumem o protagonismo no setor. Mediante lei, intentou-se romper de forma abrupta com estrutura e arranjo institucional historicamente consolidado, em que se manifesta a dependência de trajetória (*path-dependence*), com forte resiliência dos atores protagonistas. Com isso, ao revés de criar ambiente de segurança jurídica para atrair investimentos, ao romper sem direito transitório conformador de interesses, inaugurou novo ponto de tensão, enfrentando as CESB que, para defender-se, aponta inconstitucionalidade da vedação dos contratos de programa no atual marco regulatório do saneamento básico. O presente trabalho, neste contexto, preocupar-se-á em identificar a estratégia argumentativa e o interesse das CESBs, a partir de pesquisa documental mediante revisão bibliográfica, e também análise indutiva, por meio de estudo de caso, debruçando-se sobre a Ação Direta de

Inconstitucionalidade 6882 ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento.

Palavras-chave: saneamento básico, gestão associada, contratos de programa, companhias estaduais de saneamento básico, concessão, universalização.

ABSTRACT

The problem of universal access to basic sanitation services stimulated the current legislative change, which has in its subsequence the intention of creating a legally secure environment to attract private capital, and thus guarantee that almost the totality of the Brazilian population has access to potable water and sanitary sewage by 2033. It happens that, with this main objective of dislocating the State from its role as service provider, the changes ended up limiting the possibility of the Municipalities, making use of their autonomy, to carry out associated management through program contracts signed with the State Companies of Basic Sanitation (CESB), state-owned companies that since the 1970s with PLANASA have taken the lead in the sector. Through the law, an attempt was made to abruptly break with the historically consolidated institutional structure and arrangement, in which path-dependence is manifested, with strong resilience of the protagonist actors. Thus, instead of creating an environment of legal security to attract investments, by breaking without a transitory right that conforms interests, it has inaugurated a new point of tension, facing CESB, which, to defend itself, points out the unconstitutionality of the prohibition of program contracts in the current regulatory framework of basic sanitation. The present paper, in this context, will be concerned with identifying the argumentative strategy and the interest of the CESBs, based on documentary research by means of a bibliographical review, and also an inductive analysis, by means of a case study, focusing on the Direct Unconstitutionality Action 6882 filed by the Brazilian Association of State Sanitation Companies.

Keywords: basic sanitation, associated management, program contracts, state sanitation companies, concession, universalization.

1 INTRODUÇÃO/OBJETIVOS

Abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais: são esses os elementos que, nos termos da Lei n. 11.445/2007 recentemente modificada pela Lei n. 14.026/2020, formam a rede de serviços, infraestruturas e instalações operacionais envolvidas no sistema de saneamento básico. Como destaca Diogo R. COUTINHO (2013, p. 284), o investimento em infraestruturas e serviços de saneamento tende a gerar externalidades positivas, principalmente no que se refere à saúde pública e ao meio ambiente. Desta arte, tem-se por premissa que um sistema de saneamento consolidado traz ganhos existenciais para toda coletividade, o que confere traço da essencialidade do serviço prestado. É urgente, portanto, garantir universalização do saneamento básico, objetivo central sobre o qual não remanesce questionamento. Os pontos de tensão começam a surgir, contudo, quando o debate recai sobre

as estratégias de exercício da titularidade, com maior ou menor intensidade do capital privado.

Para compreender a questão, é relevante observar o comportamento dos agentes envolvidos no setor e em que medida as estruturas e arranjos institucionais criam o ambiente de posição dominante de alguns *players* em detrimento de outros e em que medida isso hoje se manifesta em ponto de atrito, com a remodelagem implementada pela Lei n. 14.026/2020. Nesse contexto, o presente ensaio inicia a análise do setor de saneamento a partir do primeiro tempo, passando brevemente pelo período colonial, momento com pouco avanço no setor e com atuação individualizada. Na sequência, já no período imperial, não se esquece da concessão de D. Pedro II a empresas estrangeiras, como uma primeira tentativa de prover saneamento para população. Na sequência, caminhando na história a passos largos, adentra-se no governo Vargas, que estatizou o serviço de saneamento na Constituição de 1934. Neste momento, por se tratar de movimento importante na história do saneamento, é explicado todo o contexto da época e os fatores socioeconômicos que estimularam a implementação no país do constitucionalismo social presença estatal acentuada na economia e no provimento de serviços públicos.

Na sequência, passa-se a outro momento relevante na história do saneamento, que foi, já durante a ditadura militar, a instituição do Planasa na década de 70, que estimulou a criação das companhias estaduais de saneamento, financiando o setor a partir do FGTS, tudo gerenciando pelo Banco Nacional de Habitação. É este momento histórico que, no contexto de era desenvolvimentista com Estado interventor, cria as bases do privilégio que as CESBs detêm ainda hoje, já que por força do Planasa as municipalidades eram estimuladas a firmar “concessão-convênio” com longos prazo de 30 anos com Companhias Estaduais. Essa origem incutiu no código genético das companhias estaduais a noção de privilégio no setor, atuando de forma dominante desde então. Com isso, buscou-se no ensaio esclarecer que qualquer alteração deverá levar em consideração o fator dependência de trajetória, vez que desprezar a história do comportamento dos agentes do setor na remodelagem é criar zona de atrito e crises de insegurança jurídica.

Tanto que a onda neoliberal da década de 90, com a Lei das Concessões e Lei das PPPs, não foi suficiente para quebrar com a tradição histórica do setor fortemente estatizado. Somado a isso, a Lei dos Consórcios Públicos de 2005 possibilitou que as Companhias Estaduais fossem fortalecidas por meio dos contratos de programa, de forma que o marco do saneamento de 2007, apesar de prever a possibilidade de prestação por empresas privadas, reforçou ainda mais a hegemonia das estatais no setor. Tudo isso decorre da resiliência que as CESBs têm às inovações e a plasticidade que encontraram para autoafirmar a posição

dominante. Somado a isso, os Municípios, principalmente os pequenos, encontraram também na gestão associada mediante contrato de programa uma forma de evitar processos licitatórios complexos, que demandam orçamento e corpo técnico, inviáveis para algumas localidades.

Tudo isso, ao que parece, foi negligenciado pelo legislador quando desenhou as novas estruturas do saneamento. Com o propósito de garantir a universalização a partir da expansão dos serviços por meio do capital privado, vedou-se a adoção dos contratos de programa, exigindo que ou o titular preste diretamente o serviço ou por meio de concessão previamente licitada. As alterações, nesse contexto, flertaram com a inconstitucionalidade, vez que, ao menos a título de hipótese, limita tanto a autonomia do Município quanto o federalismo cooperativo, com aparente afronta à prestação direta mediante gestão associada nos termos do artigo 241 e 30 da Constituição de 1988.

Não se olvida que existem verdadeiras concessões travestidas em contratos de programa. No entanto, ao vedar absolutamente, ao menos em sede de hipótese, o novo marco regulatório do saneamento caminha na contramão do federalismo cooperativo e da autonomia municipal, na medida em que limita a gestão associada de serviços públicos, impossibilitando absolutamente que contratos de programa continuem a ser utilizados, apesar de serem instrumentos relevantes para gestão associada de serviços públicos, que inclusive possibilitam esforços comuns entre entes federados e fornecimento de serviço não mercantilizado, como são as concessões.

O problema é que em um segmento notadamente marcado pela dependência de trajetória, os atores hegemônicos passam a se apropriar das inconsistências da lei para resistirem às mudanças. Se outrora o fizera por meio de arranjos inovadores de gestão associada, hoje as CESBs tendem a se valer da jurisdição constitucional para, por meio de legítimo argumento, evitarem a alteração de sua posição dominante no segmento. Neste contexto, o que justifica a perquirição e confere atualidade à temática, a Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento ajuizou recentemente, em 01 de junho de 2021, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6882, discutindo justamente a constitucionalidade da limitação à gestão associada decorrente da vedação do uso de contratos de programa. A deflagração de uma crise de constitucionalidade do marco regulatório do saneamento faz surgir o questionamento se a vedação dos contratos de programa, ao invés de ser o fim de uma era, não representará o início de uma longa discussão na Corte Constitucional e fator de indesejável insegurança jurídica que implica em risco e afastamento do capital privado no setor, reverberando em externalidade não prevista no cálculo do legislador.

2 MATERIAL E MÉTODOS

O cuidado metodológico é de suma importância para o desenvolvimento da pesquisa, pelo que a qualidade do conhecimento produzido muito se relaciona com a qualidade metodológica (DEMO, 2002, p. 359). Por essa razão, não basta ter tema recortado, é imprescindível que a metodologia esteja bem definida, para auxiliar o pesquisador a alcançar os objetivos.

Desta arte, para atingir os resultados almejados, necessário se faz a utilização de pesquisa documental a partir do método de revisão bibliográfica dentro da literatura jurídica, enfrentando categorias básicas utilizadas no artigo, confrontando concessões, contratos de programa e também não negligenciando a existência de contratos que ostensivamente são de programa, mas em sua subjacência revelam verdadeiras concessões. Ainda, a partir de análise indutiva, será realizado estudo de caso, debruçando-se sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6882 ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento, como forma de identificar os pontos centrais da discussão, identificando interesses em disputa submetidos à jurisdição constitucional.

3 RESULTADOS/DISCUSSÃO

3.1 DA COLÔNIA À LEI N. 14.026 DE 2020: PARA REMODELAR A ESTRUTURA E O ARRANJO INSTITUCIONAL DO SANEAMENTO É NECESSÁRIO COMPREENDER O PASSADO?

Muito embora a Lei n. 14.026/2020 se autodeclare um mero marco legal de atualização, os impactos que o diploma normativo trouxe no ordenamento revelam que a modificação legislativa implicou em verdadeira remodelagem da estrutura e do arranjo institucional do saneamento básico no Brasil, modificando tanto a Lei Nacional do Saneamento Básico (LNSB, Lei n. 11.445/2007), quanto a Lei n. 9.982/2000, o Estatuto da Metrópole, a Lei dos Consórcios Públicos, dentre outras.

O que se observa é que, a partir do poder coercitivo da lei, pretende-se impactar o comportamento dos atores do segmento. Criou autoridade regulatória central, ampliando as atribuições da Agência Nacional de Águas, que passou a ser responsável pela uniformização da regulação do setor a partir das normas de referência; vedou expressamente e de forma absoluta a instrumentalização da prestação do serviço por meio de contratos de programa, o que era comum no setor, com escopo precípua de estimular a injeção de capital privado por meio de concessões públicas licitadas; ainda, no intuito de garantir economia de escala, estimula a prestação regionalizada do serviço de saneamento; e criou sistema de acesso a recursos federais.

No entanto, a ruptura brusca e repentina enfrentará dificuldades na implementação, na medida em que deverá enfrentar cultura regulatória e prestacional do serviço de saneamento básico historicamente estatizados (FERREIRA e OLIVEIRA, 2021, p. 14). Daí a importância de as modificações estruturais de setores regulados passarem por análise prévia que não negligencie no cálculo os fatores de resiliência que a transformação enfrentará, prevendo atritos para evita-los, de forma que a nova modelagem não enfrente crise de legitimidade e gere insegurança jurídica, indesejada principalmente no contexto de uma reestruturação que pretende atrair investimentos privados.

Ao que aparenta, a quebra repentina e abrupta olvidou que o passado é irrevogável, sendo o saneamento segmento que predomina o fator dependência de trajetória, conhecido na literatura de ciência política e teoria econômica como *path-dependence*. Com isso, o diploma que nasce com a promessa de privilegiar a competição e livre iniciativa, reverbera em externalidade negativa que impacta a sua implementação, conflitando com os atores hegemônicos do setor, resilientes às inovações legislativas.

Por essa razão, este ensaio pretende inicialmente realizar breve digressão histórica perfunctória recortada à prestação de serviço de saneamento, identificando quem são os *players* dominantes do segmento e por qual razão estão sendo contrariados, no intuito de identificar o potencial de conflito inaugurado pela Lei n. 14. 026/2020. Não pretende, por evidente, realizar digressão histórica exaustiva, o que esbarra na própria especialidade do pesquisador, limitando-se de forma rápida a descrever características centrais de cada período.

O saneamento no Brasil não se confunde com sua própria história. Ainda em tempos coloniais, apesar de os colonizadores terem conhecimento de problemas de saúde causados pela circulação hídrica, a preocupação unicamente espoliativa impediu qualquer implementação de condições de bem-estar da população, limitando-se, como destaca PIRES (2021, p. 107), a algumas arquiteturas específicas, drenagem de terrenos, perfuração de poços, instalação de chafarizes, e outros poucos mobiliários urbanos. Nesse contexto, caminhando a passos largos na história, é possível mencionar a construção do Posto de Abastecimento de Água do Rio de Janeiro em 1561, iniciativa de Estácio de Sá, assim como a construção do primeiro aqueduto do país, conhecido como Arcos da Lapa, também no Rio de Janeiro, que se incumbia de transportar a água do Rio Carioca para os chafarizes da cidade (PIRES, 2021, p. 107).

A falta de saneamento somada às características nefastas da sociedade escravocrata implicou em soluções indesejadas individuais que se valiam da força humana escrava para abastecimento de água e esgotamento sanitário. Novamente partindo dos estudos de Maria

Coeli Simões PIRES, os escravos “*eram responsáveis por pegar água para a Casa Grande e, também, por transportar excremento*” (2021, p. 107), realizando verdadeiro afastamento sanitário.

Em 1808, a transferência da Família Real para a colônia localizada na América propiciou aumento populacional que demandou a criação de infraestrutura mínima de saneamento. Com isso, o Rio de Janeiro foi impactado pelo fato histórico, sendo necessário implementar modificações para adequá-la à realidade europeia, derrubando cortiços, ampliando ruas, construindo avenidas, canalizando rio e combatendo epidemias. Como consequência, tem-se que a antiga sede da coroa portuguesa assumiu vanguarda no saneamento, sendo uma das primeiras a instalar rede de esgoto, atrás apenas de Londres e Hamburgo (PIRES, 2021, p. 107). De toda forma, os fenômenos são isolados, não havendo preocupação sistemática alguma com a implementação de mobiliários e infraestrutura de saneamento para garantir o bem-estar de todos. Como já ressaltado, as soluções para abastecimento de água e transporte de excrementos era individual e se valia da força escrava.

Somente no final do século XIX, com a ocupação do Norte e do Sul e a nova dinâmica gerada pela transição para o trabalho livre levaram ao adensamento populacional e crescimento de fluxo migratório, que causaram problemas com a reprodução periódica de epidemias. Como resposta, Dom Pedro II, em 1860, deu novo tratamento à questão, organizando os serviços e concedendo-os a empresas estrangeiras. No período, como destaca PIRES (2021, p. 108), estruturou-se sistema de abastecimento do Rio de Janeiro, de São Paulo, e de Porto Alegre. Até o presente momento, é possível constatar que a presença do Estado na implementação de bem-estar por meio da prestação do saneamento é diminuta, cabendo a cada um dar a solução que bem lhe conviesse, somente intervindo o Estado quando a situação se tornou insustentável, e ainda assim, limitando-se a organizar a conceder para empresas estrangeiras a prestação do serviço.

O giro na história brasileira ocorre no início do século XX, quando a Constituição de 1934 estatiza o serviço atribuindo a titularidade aos Municípios, mudança política muito bem localizada em contexto econômico e social.

A título de parênteses, para o fim de compreender a estatização do saneamento, importante se compreender a situação logo após a independência. Nesse contexto, apesar de ter se desprendido do colonialismo, o Brasil ainda era um país agroexportador de único produto, centrando seus esforços na produção cafeeira, que expandiu ao final do século XIX.

Muito são os fatores que contribuíram para a expansão do café. Houve intensificação da demanda no mercado internacional, principalmente nos Estados Unidos, com consequente aumento dos preços. No plano interno, o abolicionismo foi solvido com a doção de

assalariados, ao mesmo passo que a moeda nacional sofria desvalorização (RIBEIRO, 2011, pp. 75-93). A desvalorização da moeda nacional para o grande produtor exportador foi fator determinante na acumulação de riqueza pelos cafeicultores, que expandiram cada vez mais a produção agrícola. No entanto, a desvalorização que possibilita o enriquecimento de alguns penalizou a sociedade. Sendo país agroexportador, a base do consumo era formada por produtos importados, aumentando-se o preço de produtos cotidianos inflacionados pela pressão cambial. Como ressalta Celso FURTADO (2007, p. 266), socializa-se os prejuízos da política econômica adotada.

Além disso, a política cambial adotado pelo governo, ao mesmo tempo que garantia a manutenção do lucro do produtor, mascarava os indicadores de mercado que orientariam a produção. Como esclarecem Gremaud, Toneto Júnior e Vasconcellos, a desvalorização do câmbio na economia poderia ser utilizada para proteger o lucro do setor cafeeiro em moeda nacional, exemplificando: se a saca do café cai de 15 dólares para 10 dólares, e o câmbio se mantém fixo em 15 mil réis por dólar, cada saca em moeda nacional passaria de 225 mil para 150 mil réis a saca. No entanto, se o governo desvaloriza o câmbio para 25 mil réis por dólar, a mesma saca que valia 225 mil réis no início passaria a valer 250 mil, apesar da queda de preços no mercado internacional (GREMAUD, TONETO JÚNIOR, VASCONCELLOS, p. 2015, pp. 338-339). Com isso, o produtor de café não percebe os sinais do mercado, expandindo produção com base no lucro, e não com base na demanda existente no mercado internacional, gerando crise de superprodução com estoques avolumados que geram perda de renda para os produtores no longo prazo (FURTADO, 2007, p. 253).

Foi neste cenário que, inicialmente pelos Estado cafeicultores e posteriormente pelo governo federal, estabeleceu-se uma política de valorização do café¹. Como destaca Celso FURTADO, “*com o fim de restabelecer o equilíbrio entre oferta e procura de café, o governo interviria no mercado para comprar os excedentes*” (2007, p. 253), financiando essa compra com empréstimos estrangeiros. A política foi eficiente até o terceiro decênio do século XX (FURTADO, 2007, p. 256), no entanto, apensar de manter rentabilidade da economia cafeeira, não conteve superprodução e nem diversificação.

¹ GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELLOS, esclarece que a intervenção ocorre a partir da política de preços mínimos e estoques reguladores, cuja ideia é a seguinte: “*quando os produtores colhem a produção – na safra –, dada a abundância decorrente da colheita, os preços tendem a cair fortemente, prejudicando os produtores; já na entressafra, com a falta dos produtos, os preços sobem também de maneira significativa, afetando os consumidores negativamente. Estocando-se parte da safra na colheita, podem-se ‘desovar’ os estoques na entressafra. Com isso, os preços cairão menos na safra, mas também subirão menos na entressafra. Desse modo, na safra o governo estabelece preços mínimos, sendo que, àqueles preços, o governo adquire e estoca produtos; em contrapartida, quando há problemas de abastecimento (na entressafra, por exemplo, ou no caso de ‘quebra de safra’), os estoques são liberados, regulando o mercado, aos preços de liberação de estoque*” (2015, p. 340).

Ao final da República Velha passou a ser visível que a economia monoprodução agroexportadora é frágil, concentrando o potencial produtivo e não blindando o país para momentos de instabilidades no mercado internacional. Isso porque, a superprodução de café no contexto de baixa de preços ocorridas durante a crise internacional de 1930 gerou, rapidamente, a diminuição de renda do setor agrário. Tanto que foi nesta época que o Estado, reagindo novamente para manter empresa agrícola, renda dos cafeicultores e os níveis de emprego, desvalorizou o câmbio, estocou café ao ponto de ser pressionado a queimar grande parte para manter níveis adequados de oferta.

Os estímulos da política econômica foram favoráveis à manutenção da renda, vez que ao adquirir o estoque, mesmo que por preço mínimo e queima na sequência, foi oportunizada a colheita, e por consequência o emprego, e a renda de muitas pessoas. Sobre o período, GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS (2015, p. 350) afirmam que no Brasil foi aplicada a política keynesiana de sustentação de demanda agregada antes mesmo a publicação da obra principal de Keynes. Paralelamente a esse fenômeno de manutenção da renda, deslocou-se a demanda, já que a inviabilidade da importação de bens de consumo em razão do câmbio desfavorável tornou os produtos nacionais, ainda incipientes, mais atraentes. Isso levou ao rompimento do modelo agroexportador, aquecendo a produção industrial de bens de consumo voltados justamente ao consumidor do mercado nacional.

Ademais, essa demanda por produtos nacionais estimulou não somente a produção interna, como também o aproveitamento da capacidade já instalada no país, estimulando a indústria leve (FURTADO, 2007, p. 279 e GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS, 2015, p. 344). Sequencialmente, para expandir a capacidade, passou a ser imperativo também aumentar os equipamentos industriais, o que não era simples. Em uma primeira fase, adquiriu-se em segunda mão das indústrias que não sobreviveram à crise, o que ainda foi insuficiente. Daí se verificar também nesta fase que o aumento da procura por bens de capital ter gerado ambiente propício para a própria produção de bens de capital. Com isso, como destaca FURTADO, *“havia conseguido fabricar parte dos materiais necessários à manutenção e à expansão de sua capacidade produtiva”* (2007, p. 280).

Perceba que a crise de 1930 somada ao declínio da produção cafeeira foram determinantes para inauguração da industrialização como um grande projeto nacional, em um período que passou a clamar por centralização do poder e dos instrumentos de política econômica no governo federal (GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS, 2015, p. 342), impedindo a influência de oligarquias cafeeiras. Foi neste panorama que se deflagrou a Revolução de 1930, que culminou com a ruptura com Primeira República (SILVA, 2010, p. 81).

Inaugura-se novo Estado a partir da Constituição de 1934, que incorporou o movimento constitucionalismo social, com direitos prestacionais que exigem postura ativa do Estado na promoção da igualdade. Como destaca BARROSO, “*o constitucionalismo liberal, com ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direito de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social*” (2013, p. 107). Há clara preocupação com a ordem social e garantia de existência digna, destinando, inclusive, um título somente para a ordem econômica e social.

Esse é o plano socioeconômico nacional da era getulista por trás da Constituição de 1934, com presença maciça do Estado para garantia de condições essenciais de vida ao cidadão em um ambiente industrializado. Novamente partindo de GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS (2015, p. 359), neste momento o Estado passa a assumir quatro funções. A primeira, é a adequação do arcabouço institucional à indústria por meio da legislação trabalhista, constitucionalmente fundamentada em diversos dispositivos da ordem social e econômica, que disciplinasse de forma segura o regime jurídico do trabalhador urbano. A segunda, está relacionada à construção de uma infraestrutura básica, para garantia da dignidade de todo cidadão, conforme preceituava a Constituição de 1934. A terceira função, o Estado deveria atuar complementarmente ao particular, participando do processo econômico em áreas cujo capital e riscos inviabilizariam a presença da atividade privada. E a quarta função, por fim, estava atrelada à captação e distribuição de poupança, tarefas essas realizadas por meio de um sistema financeiro público.

A industrialização, por seu turno, atrai movimentos migratórios de pessoas que saem do campo e se aglomeram nos entornos industriais, criando ambiente urbano que pressiona também o Estado a conferir coordenação e organização da atividade econômico-social e política, conferindo condições mínimas de satisfação de necessidades aos sujeitos que habitam os núcleos urbanos. Não significa que urbano e industrial são obrigatoriamente dependentes, como destaca SANTOS (1959, p. 10), mas são fenômenos com clara correlação e possível causalidade. Com isso, e agora já retornando ao ponto central que é o saneamento, a urbanização faz com que o Estado, que pretende garantir vida digna aos núcleos urbanos, comece a se atentar para o saneamento básico como um dever a ser prestado ao indivíduo da cidade. Tanto que é comum que estudiosos afirmem que a história do saneamento no Brasil se confunde com o processo de urbanização (PIRES, 2021, p. 106), e o processo de urbanização com a industrialização, e esta, como visto, com o rompimento com a economia agroexportadora e rompimento com oligarquias monopolísticas nacionais.

Portanto, fechando o longo parêntese, não é coincidência ou fato aleatório a estatização do saneamento na Constituição de 1934. Existem eventos precedentes que

levaram o Estado a adotar a opção política na década de 30 em atribuir para si a competência de prover saneamento, serviço cuja titularidade foi atribuída ao Município que o prestou mediante autarquias. O Brasil vinha de cultura agrária, sem preocupação com saneamento ou garantia de qualidade vida aos indivíduos de forma geral, com poucas obras de infraestrutura e mobiliários espalhados pelo país. Já o cenário da década de 30, urbano e industrial, influenciado pelo constitucionalismo social, levou à preocupação de garantir vida digna e concentração de poder no Estado, estatizando o serviço que tinha vinculação com a saúde da população.

Nesse sentido, relembra tanto Oscar SANCHEZ (2001, p. 89) quanto D. R. COUTINHO (2013, p. 284), que desde o primeiro governo Vargas o forte movimento de industrialização e urbanização direcionou o saneamento como serviço indispensável a ser prestado pela Administração, direta ou por meio de suas estruturas indiretas.

Certo é que todo esse movimento econômico social culminou, ao final da Era Vargas, após os anos 40-50, em dinâmica urbana já presente em quase totalidade do território nacional (SANTOS, 1993, p. 24). Em relação à industrialização, o ápice do período se deu com o Plano de Metas no governo de Juscelino Kubitschek, que tentou instituir base industrial integrada com incentivo de produção de bens intermediários e de consumo duráveis (GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS, 2015, p. 365 e CALDEIRA, 2017, p. 550). A urbanização e industrialização, por seu turno, pressionam o Estado a implementar cada mais políticas públicas de saneamento, o que não significa que tenham sido implementadas, tanto que até os dias atuais os números deficitários escancaram que os avanços no setor não acompanharam o ritmo dos processos de urbanização, urbanizando de forma suja, doente e não sustentável.

A alteração do quadro se deu em 1971, já em período militar. Não que o modo de atuação do Estado tenha se alterado. Nesta época ainda funcionava como condutor, regulamentador, produtor e financiador da economia, não havendo grandes alterações em relação aos governos antecedentes. GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS atestam que “*não houve alterações no papel do Estado nos governos militares dentro do processo de desenvolvimento brasileiro*” (2015, p. 576). Até mesmo porque, o governo militar está inserido Era Desenvolvimentista, que se iniciou em 1931, com a política de substituição das importações e industrialização, e somente termina em 1979.

Dá ser possível afirmar que durante grande parte do desenvolvimentismo brasileiro o fornecimento de água e esgoto foi realizado majoritariamente pelas autoridades municipais supervisionadas pela Fundação Nacional de Saúde, Funasa ARAGÃO (2017, p. 238).

Durante o governo militar, ganhou destaque a intervenção direta a economia, como se empresário privado fosse. Jorge CALDEIRA (2017, p. 559) em número relata que as doze estatais em 1964 em três anos se tornaram quarenta e quatro. Há, portanto, atuação do Estado na economia, com forte participação por meio de estatais, sem, contudo, existir preocupação clara com o setor de saneamento. Diferentemente de outros segmentos, como telecomunicações e energia, a União não se preocupou em criar uma estatal grande para prestação do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Ao revés, já na década de 70, a premente necessidade de avançar nas questões sanitárias ainda incipientes desde a década de 30 estimulou o governo a instituir o Planasa. Em relação ao Planasa, Irene Nohara e Alessandro Octaviani destacam que o plano tinha por escopo incentivar a criação de sociedades de economia mista estaduais, com a concessão dos serviços municipais aos Estados, os recursos, por seu turno, advinham da União que, pelo FGTS geridos pelo Banco Nacional de Habitação (BNH), repassa aos Estados para criação de Companhias Estaduais de Saneamento Básico, integrantes da Administração Indireta dos Estados que atuariam como concessionárias das municipalidades (NOHARA e OCTAVIANI, 2019, p. 224). E continuam os autores: “[...] Com a criação da SABESP, iniciou-se a formalização de concessões municipais à companhia dos serviços locais de saneamento, mediante lei municipais e contratos padronizados, com duração de 30 anos renováveis por igual período”. Era esperado que, em um contexto desenvolvimentista com forte presença do Estado na economia a partir de intervenção direta, fossem criadas estatais para atuar no setor mediante concessões de longo prazo.

Nasce, então, a primeira atuação sistemática e planejada do governo federal para implementação de um sistema de saneamento. De um lado, tinha o escopo de incentivar a criação de estatais estaduais para fornecimento de água e esgoto; e de outro, estimular as prefeituras a firmarem concessões de longo prazo em troca de investimentos do BNH (ARAGÃO, 2017, p. 239). A própria Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), atualmente sociedade de economia mista, é herança do Planasa e hoje assume posição relevante, sendo a maior empresa de saneamento da América e a quarta maior do mundo em termos de população atendida (NOHARA e OCTAVIANI, 2019, p. 239).

A atuação sistemática do Planasa foi exitosa na primeira década, compreendida entre 1970 e 1980, com capilarização da cobertura estatal de serviços, inclusive criando condições de desenvolvimento em regiões alternativas ao eixo econômico Rio-São Paulo. PIRES (2021, p. 110) destaca que no período houve comprovada ampliação da base dos serviços, com taxa de crescimento que chegaram a 31% da rede de água e 68% da rede de esgoto do país. Perceba que a expansão das redes de saneamento, neste primeiro momento, ocorreu exclusivamente a

partir do monopólio do financiamento público, com recursos da União, e prestação unicamente por estatais, criadas para essa finalidade. No período seguinte, de 80 a 90, contudo faltou investimentos no setor e os avanços pararam.

Já após a democratização e a Constituição de 1988, a partir da década de 1990, seguindo a tendência geral de assumir a agenda neoliberal no intuito de superar crise fiscal e de investimentos que assolavam o subdesenvolvimento, é que os serviços públicos começaram a flertar com o capital privado. Neste período, como afirma Diogo R. COUTINHO (2014, pp. 64-66) ao cuidar da economia política na regulação de serviços públicos, 121 países em desenvolvimento estimularam investimentos privados em setores relacionados a serviços públicos, no intuito de privatizar – por meio da venda de estatais ou pela contratualização da Administração – com o escopo de expandir em larga escala de redes físicas de serviços até então inexistentes.

É neste panorama que, estimulados pelo artigo 175 da Constituição de 1988 e pela então recente Lei de Concessões dos Serviços Públicos e Lei das Parcerias Públicos-Privadas, passou-se também a admitir a intensificação da presença do capital privado na prestação de serviços de saneamento, sob o argumento de que o Estado não tinha capacidade de investimento suficiente para garantir a universalização do serviço. Demais disso, a lógica do mercado e da competição, tenderiam a trazer mais benefícios, na crença de que a concorrência é fator que estimula eficiência. A injeção de capital privado, portanto, seria a solução para universalização do serviço e para tarifação adequada.

Ocorre que apesar de o ambiente legal ter autorizado o ingresso de novos agentes econômicos, com pretensão de instituir certa competitividade no saneamento, observou-se que o Estado ainda permaneceu como principal agente, muito em decorrência das concessões de longuíssimo prazo advindas do Planasa. Demais disso, a Lei n. 11.445/2007, que disciplinou o saneamento de forma geral, não operou mudanças estruturais, garantindo a preservação das companhias estaduais também a partir do diálogo com a Lei Geral dos Consórcios Públicos (Lei n. 11.107/2005), importante base normativa do federalismo cooperativo inaugurado na Constituição de 1988, bem como na gestão associada de serviços públicos dispostas no artigo 241 da Carta Magna. A partir daí, por meio de contratos de programa garantiu-se o monopólio das estatais sobre os serviços de saneamento, desta vez a partir de arranjo inovador de gestão associada, ao abrigo de consórcios públicos e sem obrigação de licitar.

Referido arranjo cooperativo também foi alternativa interessante aos titulares do serviço, principalmente para Municípios de pequeno porte e pouca estrutura. Isso porque, a prestação direta demanda orçamento, planejamento e execução, o que por vezes não é factível

em algumas realidades locais; demais disso, processos licitatórios para contratação de empresas privadas mediante concessão demandam corpo técnico especializado, alto custo, além de risco de judicialização ou questionamento administrativo, no âmbito da própria comissão licitante ou até mesmo em Tribunais de Contas, situações essas indesejadas pelas municipalidades. Não se deve pensar o Brasil a partir da ótica das grandes capitais, dotadas de estrutura e orçamento, vez que, apesar de serem o destaque, representam a exceção em território heterogêneo, notadamente marcado por desigualdades regionais.

Nesse sentido, Karla Bertocco Trindade e Rafael Hamze Issa esclarecem o porquê a Lei de 2007 não logrou êxito em atrair capital privado para o saneamento:

No ano de 2007, foi editada a Lei n. 11.445, que estabeleceu “as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico (art. 1º), que conferiu nova configuração à prestação dos serviços de saneamento, com a atração do capital privado para a atuação no setor.

Analisada em conjunto com a Lei n. 11.107/05, que regulamenta os consórcios públicos, foram possibilitadas três formas de prestação de saneamento básico: (i) por entidade integrante do ente titular do serviço, tais como as autarquias municipais de saneamento; (ii) por contrato de programa celebrado com os Municípios para a gestão integrada do serviço, cabendo a execução de tais serviços às CESBs; e (iii) por contrato celebrado com empresas públicas ou privadas.

Porém, o ingresso das empresas privadas não se deu nos parâmetros necessários para a universalização dos serviços, sendo marcante o predomínio das CESB em tal setor. A nosso ver esta realidade pode ser explicada por um fator prático ligado à maior facilidade de contratação das companhias estaduais em relação às empresas privadas do setor.

Com efeito, ao mesmo tempo em que previu a possibilidade de contratação de empresas privadas, a legislação nacional incluiu o contrato de programa como espécie de licitação dispensável (art. 24, XXVI, da Lei n. 8.666/93), o que concedeu uma vantagem operacional para este tipo de contratação entre os Municípios e as CESBs.

Como cediço, licitações (obrigatórias para contratação de empresas privadas de saneamento) para concessões de serviços públicos são procedimentos complexos que demandam que os entes municipais possuam corpo técnico especializado para realização dos estudos necessários para embasar a futura contratação, o que não ocorre em Municípios menores espalhados pelo Brasil. Ademais, tais certames tendem a ser objeto de fortes questionamentos, em âmbito administrativo, judicial ou mesmo junto aos Tribunais de Contas, o que pode levar complexidades indesejadas pelos titulares dos serviços.

Neste sentido, a existência de uma hipótese de licitação dispensável parece se mostrar mais factível para os Municípios do que a realização de complexos processos licitatórios, com todos os seus

problemas e custos envolvidos. (ISSA e TRINDADE, 2021, pp. 28-29)

O Brasil, portanto, tem uma trajetória consolidada de prestação de saneamento por estatais estaduais, sendo que, como relata Alexandre Aragão, aproximadamente 80% da população brasileira é atendida por 25 empresas estaduais (ARAGÃO, 2017, p. 239). Em artigo mais recente, e que traz por consequência dados atualizados, PIRES (2021, p.113) informa que 94% das cidades brasileiras mantêm contratos com estatais, sendo empresas privadas a fatia inexpressiva de 6%.

O problema é que o Brasil ainda enfrenta problemas na universalização do serviço de saneamento, o que faz com que determinados segmentos sociedade atribuam unicamente ao fato de ser fortemente estatizado, suplicando por estímulo à atração de investimentos privados. É o que se constata quando, em 2018, foi editada a Medida Provisória n. 884/2018 que, na exposição de motivos, ataca a suposta ineficiência do Estado na prestação do serviço público e sua incapacidade de investimento nas infraestruturas necessárias, depositando nas empresas privadas a solução para todos os males.

Após apresentar dados que revelam o déficit na prestação do serviço de saneamento, Alexandre Baldy de Santánnia Braga destacou que o saneamento ainda se trata de setor com pouca participação do capital privado, presente somente em 6% dos Municípios.

Como justificativa, apontou os problemas enfrentados de segurança jurídica para investimento privado, tendo em vista a existência de 49 agências reguladoras responsáveis pela regulação de 52% dos Municípios, enquanto 48% não possuem nem mesmo entidade que exerça tal atividade, apontando como medida necessária a atribuição à Agência Nacional de Águas (ANA) o poder de elaborar normas de referência regulatória. Ao final, afirmou que a atração do ente privado é indispensável para aumentar os níveis de investimentos no setor, insuficientes até então.

Apesar de a medida provisória ter perdido a eficácia, ela revelou que a pretensão de alteração do desenho institucional do saneamento básico. É justamente neste panorama que sequencialmente foi proposto pelo Presidente da República o Projeto de Lei n. 4.162/2019, ao qual se pensaram outros, nascendo então a Lei n. 14.026/2020 com o propósito de atualizar o marco legal do saneamento básico, alterando substancialmente o regime jurídico, com já retratado alhures. O que se constata é a utilização do argumento que busca deslegitimar da ação estatal na prestação do serviço, alarmando para um problema que a suposta solução somente seria alcançável por meio do mercado, intentando implementar mais competição no segmento por meio da proibição de contratos de programa e exigência de concessão

previamente licitada. Instrumentaliza, então, estratégias de uma visão paradigmática que prestigia a livre concorrência, eficiência do mercado, livre iniciativa.

De fato, a forma como vem sendo tratado o saneamento no país deve ser remodelada, visto que se trata de serviço instrumental para concretização de direitos fundamentais e que sofre com atraso e defasagem na infraestrutura. No Brasil, os índices publicados em 2019 pelo Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento (SNIS), que se pauta em dados colhidos no ano de 2017, apontam que ainda há aproximadamente 20% da população brasileira desassistida em relação ao abastecimento de água (BRASIL, 2019, p. 87), índice que se torna expressivo se observada a essencialidade do serviço. De forma ainda mais preocupante, somente pouco mais de 50% da população é beneficiada com a coleta de esgotos, sendo que menos de 50% são têm esses esgotos gerados submetidos a tratamento (BRASIL, 2019, p. 88).

No entanto, alterações substanciais na estrutura e no arranjo institucional não podem desprezar a história do setor, e nem se esquivar em compor os interesses daqueles que já estão no setor, visando a continuidade do serviço e adequação da pretensão para o futuro com o trajeto já percorrido no passado. Em outras palavras, alterar a estrutura e arranjo institucional desprezando o fator dependência de trajetória e a resiliência das CESBs às mudanças.

Grosso modo, a dependência de trajetória, conhecida como *path-dependence*, é compreendida na ciência política e teoria econômica como a criação de instituições e legados irreversíveis decorrentes das decisões dos atores, sucessivas e acumuladas no tempo, o que gera resiliência às inovações. HERSCOVICI e MOREIRA (2006, p. 549), analisando contexto de regulação econômica sob o viés pós-keynesiano, explicam que o *path-dependence* expressa o caráter irreversível e histórico do sistema, sendo o passado irrevogável e impossível de ser reproduzido com exatidão, em razão das alterações das condições iniciais, e o futuro mero imaginário dos agentes.

Transpondo ao saneamento, compreender a dependência de trajetória é não negligenciar que para construção de um setor competitivo, regido pelo mercado, deve ser considerado os anos de estatização do segmento e a hegemonia da companhias estaduais durante o período, que já se mostrou resiliente quando, por exemplo, os influxos neoliberais oportunizaram a entrada de empresas privadas no setor, que não foi exitoso em razão do rearranjo encontrado dentro do próprio sistema por meio de contratos de programa.

A digressão histórica realizada permite algumas conclusões: desde que o Estado assumiu o papel de provedor de condições de dignidade mediante direitos sociais, o saneamento, em maior ou menor grau, passou a ser preocupação, prestando o serviço

inicialmente a partir das autarquias municipais e posteriormente, a partir da década de 70, por meio das Companhias Estaduais de Saneamento Básico.

Ou seja: quando da introdução do novo marco regulatório, a tradição da presença maciça do Estado no saneamento como titular, prestador e regulador já se perfazia em quase 100 anos. Fora isso, as CESB já nasceram como parte de uma política pública que desenhou arquitetura institucional que garantiu a elas hegemonia no setor, criando barreira de entrada a outros agentes e exigindo que as municipalidades fizessem concessões de longa duração. Imagine que as CESB, portanto, tem em seu código genético a garantia de contratos duradouros firmados com municipalidades, sem ampla concorrência, e com espaço territorial de atuação protegidos.

Do lado do contratante, ainda, há vantagens para os próprios Municípios, considerando a realidade brasileira desigual, notadamente em razão de custos com processos licitatórios e complexidade técnica, o que não existe em contratos de programa, o que estimula, no exercício da autonomia municipal, a adoção de gestão associada a partir desse tipo de modelagem.

Por essas razões, o passado importa principalmente quando se pretende redesenhar a estrutura e o arranjo institucional para o futuro. O problema é que no direito, com certa soberba e arrogância, esquece-se que a precedência da história e sociedade, não sendo suficiente a simples introdução de normas proibitivas para garantir a remodelagem com segurança jurídica.

Não é necessário muito esforço para prever que a extinção dos contratos de programa tocaria no calcanhar de Aquiles das companhias estaduais e ainda da própria autonomia municipal. Relembre-se que os contratos de programa ao passo que garantem a contratação sem licitação, acabam sendo mais vantajosos aos Municípios, principalmente aqueles menores que carecem de estrutura técnica para preparação de certames complexos de um serviço também complexo. Inviabilizar os contratos de programa, portanto, também tocam na autonomia de cada ente municipal que, conforme seu peculiar interesse, vale-se da gestão associada amplamente para dar conta de prestar os serviços públicos que são de sua titularidade.

É neste panorama que a resiliência dos atores hegemônicos tende a se manifestar. Se no passado o fizera mediante rearranjo, não mais pelas concessões-convênios de 30 anos do PLANASA e sim pela gestão associada dos consórcios firmando contratos de programa, hoje a resistência se dará também a partir dos poderes instituídos, em especial a partir da jurisdição constitucional. Tanto é que a Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento ajuizou recentemente, em 01 de junho de 2021, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6882,

discutindo justamente a constitucionalidade da limitação à gestão associada decorrente da vedação do uso de contratos de programa. Ou seja: é a partir do próprio sistema que se manifesta a resistência, e se o objetivo do marco regulatório era trazer segurança jurídica para atração de investimentos externos, a crise de legitimidade da norma decorrente da ação ajuizada tende a ser um fator negativo.

Para tanto, é relevante a análise qualitativa da pretensão da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento, identificando os pontos ventilados e projetando, na medida do possível, os efeitos possíveis que a medida judicial trará ao futuro do saneamento no Brasil.

3.2 O QUEREM AS COMPANHIAS ESTADUAIS DE SANEAMENTO HOJE? ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 6882

Conforme alhures explorado, com o propósito de universalização a partir da atração de investimentos privados, a Lei n. 14.026/2020 fulminou categorias que limitam a autonomia do Município e tangenciam de forma polêmica o federalismo cooperativo, com aparente afronta à prestação direta mediante gestão associada nos termos do artigo 241 da Constituição de 1988, além de atacar frontalmente os interesses das companhias estaduais, no setor desde o PLANASA na década de 70.

Em relação à titularidade do serviço de saneamento básico, conforme preceitua o artigo 8º do marco regulatório, o marco legal ratifica que é do Município, pois se trata de serviço público de interesse local, incorporando posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal atinente à competência. No entanto, existem situações em que, por exemplo, localidades compartilham instalações operacionais, como é o caso das aglomerações urbanas, microrregiões e regiões metropolitanas, situação essa que engendra os interesses dos Municípios e implica na necessidade de todos os impactados influenciarem no exercício do saneamento, nesta hipótese, de interesse comum. Por essa razão, o artigo 8º, II da Lei n. 11.445/2007, alterada pela Lei n. 14.026/2020, determina que nessas situações a titularidade do serviço será exercida pelos Estados em conjuntos com os Municípios que compartilham as instalações operacionais.

No tocante à prestação, o ordenamento autoriza que seja realizado por meio de gestão associada, em consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do artigo 241 da Constituição. No que tange aos consórcios, a Lei do Saneamento Básico impõe que sejam exclusivamente compostos por Municípios, que poderão prestar o serviço diretamente por meio de Administração Indireta, instituindo para tanto autarquia intermunicipal que terá como objetivo o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais relacionadas

ao complexo de saneamento, sendo vedada a realização de contratos programas com estatais ou subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório. Ainda em relação à gestão associada que pode ser formalizada entre as Pessoas Políticas para o fim de exercício das funções de saneamento, se ocorrer mediante convênio de cooperação, diferentemente dos consórcios públicos, não haverá a necessidade de autorização legal.

A importância da titularidade está na definição legal do centro de imputação sobre o qual recairão os deveres, como é o caso da formulação da política pública de saneamento básico. Observa-se que, muito embora se trate de atividade discricionária da administração atrelada às peculiaridades locais, em relação ao saneamento básico o marco regulatório houve por bem orientar a ação dos titulares do serviço a partir da definição de deveres expressos. Dessa forma, desenha-se núcleo mínimo da formulação de políticas públicas voltadas ao saneamento básico, que deverão conter planos de saneamento básico, com metas estabelecidas previamente.

Para tanto, no intuito de instrumentalizar o acompanhamento de consecução dessas metas, os titulares do serviço deverão também desenvolver e utilizar indicadores de desempenho, além de mecanismos de aferição de resultados, que serão aplicados tanto na prestação direta quanto na prestação mediante concessão. Ressalte-se que a definição de metas e indicadores enquanto instrumentos de formulação da política pública de saneamento é o que permite avaliar o cumprimento de metas de universalização do acesso e efetiva prestação, que inclusive são regra-princípios postos na Lei Nacional do Saneamento Básico.

Em adição, o titular também definirá quem será a entidade reguladora e fiscalizadora do serviço, que tem a incumbência, se constatadas hipóteses legais ou contratuais, de indicar ao titular a necessidade de intervenção ou retomada dos serviços delegados. Paralelamente, em complemento ao Código do Usuário do Serviço Público (Lei n. 13.460/2017), ainda estabelecerá os direitos e os deveres dos usuários do serviço público de saneamento básico, como também regulamentará os mecanismos de controle social, compreendido como os mecanismos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participação nos processos de formulação, planejamento e avaliação de políticas públicas. Em consonância à necessidade de estabelecer ferramentas que possibilitem o exercício do controle social pela sociedade está também o cumprimento do dever constitucional de publicidade, recaindo sobre o titular a obrigação de implementar sistema de informações sobre os serviços de saneamento, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (SINISA), os Sistema Nacional de Informações Sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (SINIR) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Ainda nesse contexto, o ordenamento reconhece que o titular deve se preocupar na formulação com as externalidades positivas que o saneamento básico adequado no segmento da saúde pública. Daí a obrigação de, além de se preocupar com a execução do serviço propriamente dita, definir os parâmetros adotados para a garantia do atendimento à saúde pública, inclusive definindo o volume mínimo *per capita* de água para o abastecimento público de água potável, observadas as regras de potabilidade.

O marco regulatório do saneamento, portanto, incumbiu ao titular multiplicidade de deveres que estão atrelados desde à formulação até à execução, regulação e fiscalização, impondo por força lei a adoção de estrutura administrativa adequada à importância do serviço, mas relativamente complexa e onerosa para parcela das municipalidades que sofrem com as receitas insuficientes e quadro técnico deficitário qualitativamente e quantitativamente. Não é a partir das experiências de ricas capitais, como alhures já exposto, que se pensa a realidade brasileira, sendo pressuposto de qualquer legislação pretensamente nacional que se adeque à disparidade regional. Por essa razão, o parágrafo único do artigo 9º do marco regulatório do saneamento, que enfrenta ao decorrer do *caput* e dispositivos os deveres do titular na formulação da política pública, autoriza que receba cooperação técnica do respectivo Estado e se baseie em estudos fornecidos pelos prestadores de serviços.

Ocorre que, muito embora o marco regulatório tenha se preocupado com a prestação regionalizada, sem se esquivar de expressamente reconhecer a titularidade do serviço ao Município, no afã de incentivar investimentos do capital privado expurgou do sistema a possibilidade de prestação mediante contratos de programa, de forma que a prestação somente poderá ocorrer ou diretamente pelo titular ou mediante concessão previamente licitada. Com isso, a lei nova cria zona cinzenta de constitucionalidade por afrontar, ao menos em hipótese, o federalismo cooperativo e a autonomia municipal, na medida em que limita a gestão associada de serviços públicos, impossibilitando absolutamente que contratos de programa continuem a ser utilizados, apesar de serem instrumentos relevantes para gestão associada de serviços públicos, que inclusive possibilitam esforços comuns entre entes federados e fornecimento de serviço não mercantilizado.

Por evidente, as CESBs que têm hoje sua posição de prevalência ameaçada, explorou a inconsistência e, mostrando novamente sua resiliência, provocou o Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6882, distribuída por prevenção às ADIs n. 6.492, n. 6.536, n. 6583. De início, se observa que em pouco tempo a Lei n. 14.026/2020 já foi questionada por diversas medidas judiciais de natureza constitucional, falhando em seu objetivo inicial de garantir segurança jurídica, ante à flagrante crise de legitimidade decorrente da não aceitação de sua introdução pelos atores do sistema.

A ADI n. 6882, foco deste ensaio, foi proposta pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE, expondo, portanto, o interesse contraposto das companhias estaduais em relação à Lei n. 14.026/2020.

Primeiro ponto que merece ser analisado se refere ao sujeito ativo da ação constitucional em tela. A associação é pessoa jurídica de direito privado que atua representando os interesses de seus associados. No caso, a proponente da ação representa 24 sociedades de economia mista que tem participação societária do Estado em mais de 51% e que tem por objetivo prestar serviço de saneamento básico, atuando em prol das seguintes entidades: AGESPISA, CAEMA, CAER, CAERD, CAERN, CAESA, CAESB, CAGECE, CAGEPA, CASAL, CASAN, CEDAE, CESAN, COMPESA, COPASA, CORSAN, COSAMA, COSANPA, DESO, EMBASA, SABESP, SANEAGO, SANEPAR e SANESUL. Juntas, referidas estatais atendem 4.013 municípios, dos 5.500 do País, alcançando população de 132.549.983 habitantes. Isso revela a constatação inicial do tópico anterior não é desarrazoada: a proibição dos contratos de programa afeta diretamente o interesse das companhias que, por meio da jurisdição constitucional, pretendem criar resistência a nova modelagem proposta pela Lei n. 14.026/2020, muito em razão da hegemonia que mantém no saneamento.

Referida situação se torna ainda mais curiosa se observado que o ponto nodal da discussão é justamente a alteração que limita a gestão associada dos Municípios, alegando violação ao artigo 30 e 241 da Constituição.

Os fundamentos das companhias estaduais são robustos e encontram respaldo no ordenamento. Como defendido na inicial, o artigo 241 da Constituição estabelece que a prestação de serviços públicos poderá ser realizada por meio de consórcio público e/ou de convênio de cooperação, cabendo aos entes federados disciplinar os termos e condições em que estes serão prestados. Nesse contexto, ao Município compete escolher a modelagem jurídica mais adequada ao peculiar interesse, o que encontra amparo no artigo 30 da Constituição. Eis que, por consequência, é o Poder Local o detentor de autonomia para no âmbito de sua discricionariedade escolher na prestação direta ou mediante concessão, nos termos do artigo 175, ou gestão associada nos termos 241 da Carta Maior.

Ainda em sede de argumentação, as CESBs esclarecem que, neste contexto, o contrato de programa a manutenção de tarifa idêntica para todas as localidades, a partir de subsídios cruzados, de forma que os municípios superavitários em que há maior arrecadação subsidiam os déficits dos demais em que não há viabilidade econômica dada a escala de investimentos envolvida. Daí a importância da gestão associada envolvendo o titular e a administração indireta estadual por meio das estatais de saneamento. Com isso, pugnou pela

inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei nº 11. 445/07 (Lei de Saneamento Básico) e do artigo 13, § 8, da Lei nº 11.107/05 Lei de Consórcios Públicos, como também artigo 8º, § 1º, I e II, da Lei nº 11. 445/07

A fundamentação, como já exposto, é pertinente e merece, realmente, análise pela Suprema Corte, de forma que remodelagem com intuito de introduzir maior competição no setor não implique em sonegação de direitos constitucionais do Poder Local, principalmente mitigando sua autonomia enquanto ente federativo. No entanto, na subjacência da benevolência das companhias estaduais em batalhar em prol da manutenção do sistema constitucionalmente adequado, é possível identificar a busca pela manutenção de posição dominante no mercado, expondo sua resistência à alteração da estrutura e do arranjo institucional, em típica manifestação da dependência da trajetória.

Perceba que a limitação da gestão associada, muito embora afete autonomia da municipalidade em escolher o arranjo que melhor se adequa a sua realidade, não proíbe que as companhias estaduais continuem atuando no setor. Poderão participar de licitações e competir com empresas privadas, ou ainda realizar movimento que já foi iniciado por algumas das CESBs de criar semiestatais. A Sabesp, por exemplo, já firmou parceria com a Estre Ambiental S.A., resultando na constituição da Attend Ambiental S.A. que tem por objeto a operação de estação de pré-tratamento de efluentes não domésticos e condicionamento de lodo, sendo o capital social dividido na proporção de 55% para Estre e 45% para Sabesp (ISSA e TRINDADE, 2021, pp. 33-34). Isto é, as companhias estaduais não foram expurgadas do novo modelo, podendo atuar propriamente a partir de sua experiência e *expertise* após sagrar vencedora de processos licitatórios, inclusive capilarizando sua atuação para outros Estados que antes não atuava, e por meio de parcerias com empresas privadas.

E mais, se observado, os dispositivos que alega ter sido violado da Constituição afetam mais diretamente a autonomia de cada Município escolher os arranjos associativos e utilizar contratos de programa. Principalmente aos menos abastados, que não tem orçamento e estrutura para realizar certames complexos de licitação de saneamento e optavam pelos contratos de programa. Novamente, por trás da benevolência existe clara intenção de manter as estruturas como estão, mantendo a posição dominante das estatais estaduais.

De toda forma, quem decidirá pela constitucionalidade ou não do sistema será a Corte Constitucional, que terá a missão complexa de não se deixar capturar por interesses individuais de agentes econômicos, seja de empresas privadas que querem ingressar no setor com escopo de lucro seja das próprias companhias estaduais de saneamento que não querem perder o mercado protegido que atuam desde seu nascimento na década de 70. A discussão deve se ater aos aspectos constitucionais, garanti a autonomia dos Municípios, no intuito

formatar a remodelagem às regras de competência da Constituição sem limitar a gestão associada, e ao mesmo tempo garantir maior competição no segmento, sem perder de vista que o fim último de toda estruturação não é proteger *status quo* ou aplicar preceitos neoliberais, e sim promover a universalização do serviço que concretiza direitos fundamentais.

Disso, alguns questionamentos merecem reflexão para o debate da nova questão: não haveria espaço nenhum no ordenamento para consórcios públicos e contratos de programa? A sua expulsão do ordenamento é desejável e compatível com a ordem constitucional e concretização de direitos fundamentais? É possível imaginar o mesmo ambiente e solução em um contexto de Estado Federal dotado de desigualdades regionais, desenvolvendo leis que partem de realidade de capitais desenvolvidas e não do interior muitas vezes carente de recursos e com demanda não atrativa ao capital privado? De outro norte: a tentativa do novo marco regulatório de isentar o dinheiro público na expansão da rede de serviço de saneamento, também não considera o custo com boas licitações e editais, por meio regulação contratual da atividade? Não existe mais espaço algum aos contratos de programa na prestação de serviço de saneamento?

Enfim, de toda forma, a discussão de constitucionalidade gerou crise no novo sistema, que já nasceu confrontado, sendo possível afirmar que ao menos nesse primeiro momento o escopo de conferir maior segurança para o investimento está prejudicado sensivelmente. Ao instaurar a crise de legitimidade na Lei n. 14.026/2020, até que advenha posicionamento da Corte Constitucional, a segurança se verte em suspense, e o suspense em risco que tende a não ser atrativo ao capital privado.

4 CONCLUSÃO

O presente ensaio analisou as alterações legislativas atuais no regime jurídico do saneamento básico brasileiro. Sob o pretexto de cumprir metas de universalização e ancorada em uma suposta ineficiência estatal, toda remodelagem do sistema passa, principalmente, pela pretensão de atrair capital privado para o setor. Para tanto, aposta-se na criação de uma autoridade regulatória central, nacionalizada, com o intuito de uniformizar as normas regulatórias do sistema, o que foi feito mediante a ampliação das atribuições da Agência Nacional das Águas. Também, proíbe-se expressamente a utilização de contratos de programa, forma muito utilizada no Brasil dentro do setor, rescindindo obrigatoriamente aqueles vigentes e obrigando os Municípios a licitem o serviço, com a esperança de que a competição entre os *players* do segmento irá trazer ganhos de eficiência, que passará a admitir basicamente concessões e prestação direta pelo titular.

Ocorre que o rompimento abrupto, como demonstrado no curso da discussão, tende a gerar zonas de conflito, na medida em que busca instituir novos padrões para um setor que culturalmente é estatizado. O saneamento, especialmente, é marcado pelo fenômeno da dependência de trajetória, exigindo do legislador que avalie e leve em consideração o comportamento repetido pelos atores no tempo. No caso, como visto a partir da breve digressão histórica, quando do ingresso da Lei n. 14.026/2020 no ordenamento, o Estado já estava prestando saneamento, por suas estruturas diretas ou indiretas, há aproximadamente 100 anos. Além disso, desde a década de 70, com a instituição do Planasa, as Companhias Estaduais detêm posição dominante no mercado, primeiro por força das “concessões-convênios” com prazos longos de 30 anos firmadas com as municipalidades, e segundo por força dos contratos de programa, pilar do saneamento até a inovação. As CESB, é importante lembrar, já nasceram como parte de uma política pública que desenhou arquitetura institucional que garantiu a elas hegemonia no setor, protegido e com claras barreiras à entrada de outros agentes. Além disso, para os próprios Municípios, no contexto de desigualdade regional expressiva, os custos com processos licitatórios e complexidade técnica servem de incentivo ao sucesso dos contratos de programa e manutenção do *status quo*.

Por isso, concluiu-se, que a história importa para redesenhar o arranjo institucional do futuro, e o legislador não incluiu a dependência de trajetória no cálculo. No intuito de gerar ambiente para capital privado, dotado de segurança jurídica, proibiu a utilização dos contratos de programa, crendo que as CESBs aceitariam tranquilamente e passariam a participar das licitações de concessões públicas. Ledo engano. As companhias estaduais são resilientes à mudança e querem manter sua posição dominante, e para isso se valem dos meios institucionais da jurisdição constitucional. Foi neste panorama que o ensaio analisou qualitativamente os fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6882 ajuizada recentemente, apenas a outras três.

Conforme se depreende da ADI, questiona-se a constitucionalidade da Lei n.14.026/2020 por violar o artigo 30 e 241 da Constituição, limitando o federalismo cooperativo, a gestão associada e a discricionariedade de cada Município em escolher a melhor forma de prestar o serviço, condizente ao peculiar interesse. Muito embora seja pertinente o questionamento, e de fato mereça apreciação da Suprema Corte, se observado o maior impactado, em tese, é o Município, que tem prejuízo na autonomia, posto que o novo modelo não proíbe que as companhias estaduais continuem atuando no setor. Poderão participar de licitações e competir com empresas privadas, ou ainda realizar movimento que já foi iniciado por algumas das CESBs de criar semiestatais. Por essa razão, há indicativos

que por trás da benevolência existe clara intenção de manter as estruturas como estão, mantendo a partir da declaração de inconstitucionalidade a posição dominante das estatais estaduais. De toda forma, tratando-se de fundamento plausível, quem decidirá sobre a constitucionalidade é a Corte. Todavia, o que é possível afirmar a partir do quadro atual é que a crise de constitucionalidade do marco regulatório do saneamento faz surgir nova era de suspense, reverberando em potencial externalidade não prevista no cálculo do legislador, com potencial de frustrar ao escopo da Lei n. 14.026/2020, afastando o capital privado de um serviço complexo e judicializado. Por isso, a história importa, e é melhor colmatar os interesses que gerar ainda mais instabilidade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.B

BRASIL. Exposição de Motivos Medida Provisória n. 884//2018. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento; a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos; a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País; e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

_____. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2016. Brasília: SNSA/MCIDADES, 2019.

CALDEIRA, Jorge. História da riqueza no Brasil. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.

COUTINHO, Diogo R. Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Saneamento básico: aumentos tarifários para investimentos na melhoria e expansão do serviço. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 281-300, set. 2013.

FERREIRA, Kaline; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A mediação e arbitragem dos conflitos no setor de saneamento básico à luz da Lei Federal 14.026/2020. In:

GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Novo marco do saneamento básico no Brasil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, pp. 13-36.

FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 34ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GREMAUD, Amaury Patrick, SANDOVAL, Marco Antonio, TONETO JR, Rudinei. Economia Brasileira Contemporânea. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HERSCOVICI, Alain; MOREIRA, Ricardo Ramallete. Path Dependence, expectativas e regulação econômica: elementos de análise a partir de uma perspectiva pós-keynesiana. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, 10(3): 547-574, set./dez. 2006.

ISSA, Rafael Hamze; TRINDADE, Karla Bertocco. Primeiras impressões a respeito dos impactos da Lei n. 14.026/20 nas atividades das empresas estaduais de saneamento: a questão da concorrência com as empresas privadas. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; HOHMANN, Ana Carolina; VASCONCELOS, Andréa Costa de (Coord). Novo marco legal do saneamento. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia; OCTAVIANI, Alessandro. Estatais: estatais no mundo; histórico no Brasil; regime jurídico; licitações; governança; casos: BNDES, Caixa, Petrobras, Embrapa

e Sabesp; setores estratégicos para o desenvolvimento; funções do Estado capitalista contemporâneo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 224.

RIBEIRO, Fernando. A política econômica e o convênio de Taubaté na economia cafeeira (1889-1906). In: *Pesquisa & Debate. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em Economia Política*. [S.I.], v. 22, n. 1 (39), nov 2011.

PIRES, Maria Coeli Simões. A Lei n. 14.026, de 1 de julho de 2020, e a ruptura com a hegemonia das empresas estatais de saneamento básico a partir da vedação de contrato de programa como alternativa de resiliência. In: CAMPOS, Marcelo Hugo de Oliveira;

FORTINI, Cristiana; MASSARA, Luiz Henrique; SALAZAR, Gabriela. Novo marco legal do saneamento básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários. São Paulo: D'Plácido, 2021. pp. 105-126.

SANCHEZ, OSCAR ADOLFO. A privatização do saneamento. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 89-101, Jan. 2001.

SANTOS, Milton. A cidade como centro da região: definições e métodos de avaliação da centralidade. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1959.
_____. A urbanização brasileira. São Paulo: Hucitec, 1993.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.