

O MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO AMBIENTAL¹

ÉDIS MILARÉ

Advogado fundador de Milaré Advogados; professor e consultor em Direito Ambiental; Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP; Criador e 1º Coordenador das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente do Estado de São Paulo; Secretário do Meio Ambiente do Estado de São Paulo (1992/1994).

LUCAS TAMER MILARÉ

Advogado sócio de Milaré Advogados; consultor em Direito Ambiental; Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP; Especialista em Direito Ambiental pela PUC/SP.

1. O QUADRO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

As intensas discussões que ora se travam sobre o marco regulatório do saneamento desnuda um dos *déficits* mais agudos do País em termos de infraestrutura. É surpreendente que tantas gerações tenham convivido com problema tão grave. Água e esgoto tratados, coleta de lixo e sua correta disposição é o mínimo que uma sociedade pode oferecer às pessoas.

Daí que, ao se falar de saneamento é importante considerar que, para muitos, não se trata de uma questão relacionada a aspectos meramente técnicos e/ou legislativos, mas de fatores vinculados a sua própria dignidade e inclusão social.

Com efeito, além de fundamental para a dignidade humana, o acesso universal ao saneamento configura premissa básica de saúde pública e agrega benefícios ao meio ambiente. Sua essencialidade foi reconhecida pela Organização das Nações Unidas- ONU, ao declará-lo um direito humano fundamental para o gozo pleno da vida e de todos os outros direitos humanos (Assembleia Geral, Resolução 64/292 de 28 de julho de 2010). Nesse mesmo diapasão, a Carta Encíclica *Laudato Si* reconheceu esse direito como “*fundamental e universal, porque determina a sobrevivência das pessoas e, portanto, é condição para o exercício dos outros direitos humanos*”.²

Para parte significativa da população, uma torneira com água, um chuveiro para um banho quente e um vaso sanitário são artigos de luxo. O cidadão, muitas vezes, deseja apenas possuir um banheiro com um sistema de água e esgoto. É-lhe irrelevante se o serviço é deficitário ou lucrativo; se é público ou privado; se é “de esquerda” ou “de direita”; ou se a legislação possui boa ou má redação. As pessoas não se importam com a burocracia dos douts e possíveis conflitos entre o público e o privado, mas com qualidade de vida. Ter uma conta de água/esgoto é existir formalmente, com o reconhecimento do próprio endereço e, conseqüentemente, da própria cidadania. Numa palavra: saneamento é, no mundo das coisas, algo importante para o desenvolvimento de todas as potencialidades do homem, devendo ser regulado com observância da realidade.

No contexto apresentado, são quase 35 milhões de brasileiros (= 3 vezes a população de

¹ Apesar de consolidada na doutrina e na legislação a expressão *saneamento básico*, é importante discutir a necessidade de análise quanto a sua utilização nos dias atuais. Em nosso sentir, afigura-se como mais contemporâneo o uso do termo *saneamento ambiental*. Assim, estar-se-ia por ressaltar o aspecto mais abrangente e integrado, na medida em que se consideram a salubridade ambiental e a conservação dos recursos naturais como parte do sistema. O saneamento é holístico e não segmentado, envolvendo uma ideia de maior abrangência, a exigir a aglutinação da expressão *ambiental* em substituição ao termo *básico*.

² *Laudato Si*. São Paulo: Paulus/Edições Loyola, 2015, item 30. p. 25. Grifos do original.

Portugal) sem acesso à água tratada; mais de 100 milhões (= mais de 2 vezes a população da Argentina) não dispõem da cobertura da coleta de esgoto³. Além de servir para a expansão de doenças relacionadas à veiculação hídrica, essas condições não permitem que disponham da higienização mínima para evitar, por exemplo, a proliferação do novo coronavírus. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE já realizou estudos mostrando que 34,7% dos municípios registram avanços de epidemias ou endemias relacionadas à transmissão hídrica nos últimos anos⁴.

Além da precariedade nos índices de atendimento, observam-se sérios problemas estruturais ligados à operação e à manutenção desses serviços, com o desperdício de água tratada, cuja média nacional, em 2017, foi de 38%. Convertida em valores financeiros, essa perda equivale a cerca de R\$ 10 bilhões desperdiçados anualmente, conta que é repassada ao conjunto dos consumidores por meio das tarifas.

Este cenário alarmante está a exigir uma atuação imediata, concertada e eficiente do legislador, do Poder Público e da sociedade organizada rumo à universalização⁵, pois a manutenção do *status quo* perpetua a violação à dignidade e à saúde de milhões de brasileiros.

2. DESENHO EVOLUTIVO DO MARCO REGULATÓRIO

O Brasil sempre foi pródigo na sua produção legislativa. Todavia, chega a surpreender que, em matéria de saneamento, tenha negligenciado por décadas sobre algo tão fundamental e civilizatório, tratando o tema com pouco destaque durante parte considerável de sua história. Somente em 2007 é que desponta uma das mais relevantes políticas de âmbito nacional para tratar, sistematicamente, do tema, cujo registro de nascimento foi estampado na Lei 11.445/2007.

Na verdade, o histórico normativo do saneamento permite identificar quatro estágios ou fases marcantes, com características bem distintas, que autorizam observar os desafios já superados e aqueles que ainda se apresentam para um País marcado pela desigualdade social, quais sejam: (i) o período generalista; (ii) o do Plano Nacional de Saneamento Básico-PLANASA; (iii) o de regulação estruturada; e (iv) o do marco legal de 2020.

2.1 Primeira fase: o período generalista

A primeira fase abrange toda estrutura e produção normativas de meio século atrás, anteriores ao ano de 1970. A regulação foi relativamente esparsa, sendo as particularidades do saneamento tratadas dentro do âmbito do Poder Executivo. A prestação é vista como mais um equipamento público “descolado” do próprio meio ambiente e com pouca inserção no conceito de políticas públicas.

Havia, no período, uma atuação predominante dos municípios, com pouca ou nenhuma participação dos estados ou da União, certo que apenas as capitais e cidades com maior

³ Disponível em: <<https://www.saneamentobasico.com.br/ranking-metas-saneamento-basico/>>. Acesso em: 20.08.2020.

⁴ Disponível em: <<https://www.saneamentobasico.com.br/covid-19-cenario-saneamento/>>. Acesso em: 20.08.2020.

⁵ Para o legislador, a meta de universalização corresponde ao atendimento de 99% da população com água potável e de 90% com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033 (art. 11-B, *caput*, da Lei 11.445/2007, com redação determinada pela Lei 14.026/2020). Interessante observar, aqui, como que um reconhecimento oficial da impossibilidade de nosso País atender o *Objetivo 6* da Agenda Global para o Desenvolvimento Sustentável, que propugna pela universalização e disponibilização de água e saneamento para todos até 2030.

desenvolvimento econômico tiveram algum progresso na área, até porque o sistema tarifário não abrangia noções de equilíbrio e sustentabilidade financeira, sendo o modelo comumente deficitário. O planejamento e os investimentos eram locais, dependendo o resultado da capacidade técnica, operacional e financeira de cada cidade. Não havia, por conseguinte, um sistema nacional de financiamento para os serviços, nem a preocupação com fixação de padrões nacionais ou regionais de atendimento.

Pela precariedade e regulação não especializada, a condução das atividades ignorava qualquer concepção de gestão pública, sem a consideração dos mais singelos princípios, como, p. ex., da continuidade, da cortesia, da eficiência, da segurança, da adequação, da regularidade, da modicidade e da generalidade dos serviços.

2.2 Segunda fase: o período do Plano Nacional de Saneamento Básico- PLANASA

O marco histórico no setor de saneamento básico foi a criação, em 1964, do Banco Nacional de Habitação- BNH, com a missão de implantar uma política de desenvolvimento urbano para o País.

A partir da década de 1970, como centralizador de recursos e coordenador de ações para o setor, o banco acabou por instituir o Plano Nacional de Saneamento Básico- PLANASA, com o claro objetivo de atender metas de universalização no setor, que apresentou uma resposta relativamente bem-sucedida às pressões causadas pela urbanização da economia da época, mas que deparou-se com falhas que impediram avanços maiores em sua empreitada.

Sem um papel de destaque – o saneamento básico era enxergado como mera infraestrutura da habitação –, o PLANASA se desenvolveu em torno de grandes companhias estaduais, objetivando ações regionalizadas e integradas no setor, por meio dos contratos de concessão na área de saneamento. Os municípios, em sua maioria, abdicaram da prestação direta, contratando empresas estaduais para realização dos serviços⁶.

A regulação, o planejamento, a execução e a fiscalização se encontravam concentrados nas mãos do prestador, observado, aqui, como mero *longa manus* do titular público. Inexistia o tratamento segmentado daquelas atividades – regulação, planejamento, execução e fiscalização –, o que tornava o sistema confuso e sujeito a pouca influência dos usuários e do próprio “dono do serviço”.

O PLANASA, na realidade, se fundamentava em imensas obras integradas de infraestrutura, de alto custo de implantação, manutenção e operação, sem quaisquer instrumentos de controle da atividade. Era expressão da filosofia do Estado-Provedor, do Estado-Providência ou *Welfare State* – muito festejada durante a primeira metade do século XX.

Nas décadas de 1970 e 1980, forte na visão de que avanços nas áreas de saneamento resultariam na redução de taxas de mortalidade, o PLANASA investiu cerca de US\$ 10 bilhões,

⁶ Apesar de polêmico o assunto, foram efetivos os progressos nas cidades que efetuaram a transferência dos serviços para as grandes estatais que, melhor dotadas de recursos técnicos e financeiros, conseguiram, em pouco tempo, reverter o colapso de muitos sistemas locais. A afirmativa pode ser comprovada pelo pouquíssimo número de cidades que mantiveram, com êxito, os seus serviços autônomos. A queixa comum entre os prefeitos – no padrão PLANASA – esteve sempre relacionada a pouca influência dos seus municípios no verdadeiro “rolo compressor” de um planejamento regional. De qualquer forma, é certo que as cidades pequenas não tinham e não têm condições – pelo custo e complexidade da estrutura – de implantar, manter e operar laboratórios, estações de tratamento de água e esgoto, adutoras, *boxers*, interceptores, coletores-tronco, redes de abastecimento e de coleta e toda gama de caríssimos e intrincados equipamentos públicos.

deixando, como legado, a universalização do abastecimento de água potável e razoável expansão do sistema de coleta de esgoto nos locais sob sua atuação.

O pecado original desta fase, e que perdura até hoje, se deveu à adstrição do planejamento público à cidade formal. Sim, porque o desafio não está nos núcleos urbanos regulares – com sua propriedade identificada, seu arruamento definido e suas construções dentro das posturas municipais –, mas nos núcleos urbanos irregulares, sem a titulação dos ocupantes, com suas caóticas vias de passagem e suas precaríssimas construções.

2.3 Terceira fase: o período de regulação estruturada

Os primeiros passos para um desenho sistematizado e próprio para o saneamento foram dados pela CF/1988, ao estabelecer, de um lado, a *competência privativa da União* para instituir diretrizes para o saneamento básico (art. 21, XX) e para instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (art. 21, XIX) e, de outro, a *competência comum* aos entes subnacionais para promover a melhoria das condições do setor (art. 23, IX).

Forte nesse regramento diretivo, no ano de 2007 o País passa a contar com uma poderosa ferramenta para a regulação do saneamento, ao editar a Lei 11.445/2007, que coroou esforços, discussões, fluxos e refluxos de uma tramitação longa, tempestuosa e cercada de contradições⁷.

Considerando a realidade legislativa e social do nascente século XXI, a Lei 11.445/2007 provocou a mudança dos paradigmas tradicionais no setor, principalmente na operação e gestão dos serviços, e influenciou a reforma de outros diplomas, com a criação de institutos novos. Tal se deu, p. ex., com a Lei 13.465/2017, que introduziu o direito real a laje (art. 1.225, XIII, Código Civil) e disciplinou a Regularização Fundiária Urbana- REURB, que teve forte influência na desafiadora universalização dos serviços de saneamento, por viabilizar ações concretas e simplificadas de regularização imobiliária, permitindo o ingresso oficial das operadoras nas áreas de prestação dos serviços de saneamento, como ocorre com as prestadoras de energia elétrica.

Com a citada legislação, o saneamento se inseriu na problemática ligada às perspectivas de desenvolvimento com sustentabilidade, cujo processo se volta para a saúde pública, passando previamente pela tutela ambiental e – por que não dizer? – incorporando a dimensão ecológica ao conteúdo do princípio de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Como é sabido, a Lei 11.445/2007, conhecida como Política Nacional de Saneamento Básico- PNSB, nasceu com o objetivo de estabelecer as diretrizes nacionais para o saneamento, bem como a política federal para o setor, possuindo ampla abrangência – integrando os sistemas públicos de água, de esgoto, de resíduos sólidos e de águas pluviais. Para o seu tempo, era um diploma de boa técnica legislativa, que, entre outros, se preocupou com aspectos principiológicos; fomentou a descentralização e participação social; trouxe novos modelos contratuais; segmentou a regulação, o planejamento, a execução dos serviços e a fiscalização; compatibilizou o saneamento com a preservação ambiental; instituiu uma gestão fundada em metas e na sustentabilidade econômico-financeira; e fortaleceu os municípios e as agências reguladoras. Apresentava também, como obra humana, algumas lacunas, especialmente

⁷ O projeto da Lei 11.445/2007 permaneceu no Congresso Nacional durante mais de 20 anos, tempo este em que várias propostas similares tramitaram em conjunto.

quanto à titularidade dos serviços. Na prática, sua versão de origem propiciou – nos anos que se seguiram – sensível melhora dos serviços em seu conjunto, na medida em que os *contratos de programa* foram instrumentos que exigiam o planejamento prévio, a gestão eficiente, o atingimento de metas, a fiscalização externa e o equilíbrio tarifário.

Numa palavra, a Lei 11.445/2007 instituiu um marco regulatório sistematizado para o setor, profissionalizando a atividade de saneamento no País.

2.4 Quarta fase: o período do marco legal de 2020

Nada obstante os avanços até então proporcionados, o *déficit* na agenda de universalização dos serviços de saneamento permanecia como desafio impostergável para o Governo, que, em resposta, acabou por editar as Medidas Provisórias 844/2018 e 868/2018, as quais, apesar de contemplarem mudanças significativas para o setor, não foram convertidas em lei.

Esse contexto, porém, foi o ponto de partida para uma nova medida governamental, consubstanciada no Projeto de Lei 4.162/2019, com Exposição de Motivos conduzida pelo Ministério da Economia⁹, que culminou na edição da Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, com vistas a *atualizar* o marco legal do saneamento básico no Brasil. Ou seja, não se trata de medida legislativa substitutiva da ordem legal posta, mas de atualizações em um plexo de normas em vigor, com o fito de conferir mais força e efetividade rumo à sonhada disponibilização de um serviço essencial e universal.

Com efeito, insista-se, a Lei 14.026/2020, embora chamada de “novo” marco legal, apenas inseriu alterações em diplomas já existentes, a saber:

(i) na Lei 9.984/2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento;

(ii) na Lei 10.768/2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos e Saneamento Básico;

(iii) na Lei 11.107/2005, para vedar a prestação por contrato de programa de que trata o art. 175 da CF;

(iv) na Lei 11.445/2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País;

(v) na Lei 12.305/2010, para tratar dos prazos para disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;

(vi) na Lei 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões; e

(vii) na Lei 13.529/2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

A Lei 14.026/2020 possui técnica legislativa questionável, pois insere, como dito, alterações diretas e parciais em vários diplomas do ordenamento jurídico, sem qualquer

⁹ É no mínimo incomum a origem da Exposição de Motivos anexada à proposta legislativa (Projeto de Lei 4.162/2019), que parte estranhamente do Ministério da Economia. O pequeno detalhe aparentemente evidencia o esvaziamento da influência ambientalista e o predomínio, no que se apresentou, do viés econômico. Ressalte-se que tudo decorre justamente de contemporâneo fenômeno social que tem produzido o acirramento ideológico que considera incompatível o exercício da atividade econômica e a tutela do meio ambiente. O Ministério do Meio Ambiente, por sinal, gradativamente, perde os motivos de sua instituição.

preocupação sistemática, lógica ou de operabilidade. Neste sentido, pecou por promover uma reforma legislativa excessivamente fragmentária. Se o pensamento do legislador era revolucionar os serviços de saneamento, poderia ter sido mais ousado a ponto de unificar, em diploma único, o conteúdo das Leis 9.984/2000, 11.445/2007 e 12.305/2010, em ordem a poupar o aplicador da tarefa de juntar as peças espalhadas no texto da Lei 14.026/2020.

Verdadeiramente, o chamado “novo” marco legal, sem adentrar em questões de mérito, apresenta uma *ratio legis* diversa do texto de princípio, entendendo que os fracassos constatados, nas inúmeras localidades, devem ser superados com maior interferência da União e com a máxima retirada possível do Estado do setor¹⁰.

Até certo ponto, as reformas introduzidas lembram aspectos do PLANASA. Há, com as devidas adaptações, uma espécie de retorno a conceitos básicos daquela estrutura, cujo primeiro indício de semelhança é a evidente retomada da influência da União no setor, que, no passado, era materializada pelo BNH. Assim, há a atribuição de significativos poderes à ANA – agora denominada Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico –, na medida que a ela compete o estabelecimento de *normas de referência*, cuja adesão, “facultativa”, é incentivada pela possibilidade de acesso a recursos federais¹¹. É clara a tendência de centralização gradativa de poderes na União, com o esvaziamento da influência de estados, Distrito Federal e municípios, rompendo o paradigma constitucional do fortalecimento político das cidades.

Outro aspecto que chama a atenção é a retomada dos modelos de *concessão* para os serviços de saneamento. Como será observado mais à frente, a legislação passa a adotar o contrato de concessão como instrumento base para a transferência da execução dos serviços, outra característica, por sinal, típica do PLANASA.

A ideia de subsídio cruzado – de certa maneira abandonada no texto original da Lei 11.445/2007 – foi revigorada com os chamados *blocos de referência*¹² trazidos pela Lei 14.026/2020.

É dizer: o “novo” marco legal optou, pelo menos sob o aspecto formal, por um planejamento e gestão centralizados, entendendo, de certa maneira, fracassadas a descentralização e a liberdade regulatória trazidas pelo texto original da Lei 11.445/2007.¹³

Sob outro ângulo, o sucesso da novel legislação não pode desconsiderar os efeitos decorrentes da pandemia do novo coronavírus, irradiados em diversos espectros, mormente o econômico. Estes, por certo, provocarão mudanças profundas no cenário de investimentos a curto, médio e longo prazos, dificultando, sobremaneira, a tarefa dos municípios para alcançar, até 2033, a universalização dos serviços de esgotamento sanitário e abastecimento de água.

De qualquer maneira, a expectativa reinante é que o marco legal ora reestruturado consiga navegar por águas tranquilas, fazendo com que o saneamento seja um serviço público efetivo, prestado de maneira eficiente, de forma universal e com a efetivação do princípio da

¹⁰ Ver Exposição de Motivos do Projeto de Lei 4.162/2019.

¹¹ A ANA, apesar de não se constituir como uma entidade financeira, acabou, por via oblíqua, sendo “a madrinha dos recursos”, uma vez que sua lista definirá quais entidades gozarão de acesso às linhas de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social- BNDES.

¹² *Bloco de referência* = agrupamento de municípios não necessariamente limítrofes e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares (art. 3º, VI, ‘c’, Lei 11.445/2001, com redação determinada pela Lei 14.026/2020).

¹³ Essa opção legislativa pela centralização do poder regulatório na figura da União pode ser entrevista, inclusive, nos Itens 12 a 17 da Exposição de Motivos do Projeto de Lei 4.162/2019, que deu origem à Lei 14.026/2020.

modicidade tarifária.

3. A POLÍTICA NACIONAL DE SANEAMENTO BÁSICO- PNSB

Ao se consultar o atual texto da Lei do Saneamento, já com a redação da Lei 14.026/2020, notamos alguns aspectos desafiadores. A reforma foi parcial e fragmentada e, aparentemente, não visualizou o sistema em seu todo. Como será exposto, o arranjo de operacionalidade se tornou demasiadamente estranho, deixando aspectos essenciais ao saneamento desnecessariamente perdidos em outros diplomas, como a estruturação de normas de referência do serviço, tratada na Lei 9.984/2000, e a regulação de resíduos sólidos, assunto também normatizado pela Lei 12.305/2010.

A Lei 11.445/2007, com a reforma, se tornou um texto tecnicamente difícil de ser lido, interpretado e aplicado. Com efeito, e nunca é demais insistir, é difícil compreender a não consolidação, em texto único, do conteúdo das três Leis (9.984/2000, 11.445/2007 e 12.305/2010), em ordem a se promover uma real melhoria na legislação de base, com a edição de uma só norma sobre o tema e a consequente revogação desses diplomas.

É sobre isso que procuraremos falar nas linhas seguintes.

3.1 O escopo legislativo

Apesar de singelo, o art. 1º da Lei 11.445/2007 traz importante regramento, uma vez que delimita a finalidade legislativa ao estabelecimento de *diretrizes nacionais* para o saneamento básico e à fixação da *política federal* para o setor.

Quanto a esse escopo legislativo, é importante atentar que o legislador, ao estabelecer diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, exige exercício intelectual do gestor para sua adequada compreensão. Releve-se, de início, que há diferença entre *nacional* – que é do interesse da nação ou da sociedade – e *federal* – que se refere ao ente federativo ou ao governo da União. A propósito, cabe salientar que as atribuições da União são exercidas sob dois ângulos: como pessoa jurídica de direito público externo, detentora de soberania, agindo em nome dos interesses do País, cujas ações, por sinal, vinculam todos os demais entes; e como pessoa jurídica de direito público interno, possuidora de autonomia, atuando como os estados, Distrito Federal e municípios e buscando a execução das políticas públicas federais, no âmbito de sua atuação – podendo, no caso, haver até usurpação de competências¹⁴, nas hipóteses em que se ultrapasse os limites legalmente estabelecidos. Nesse sentido, a própria estrutura constitucional, de modo sistematizado, organiza e disciplina o nacional e o federal, trazendo estas duas faces da União.

Em resumo, quando a União atua com soberania, seus atos comprometem a República Federativa do Brasil, vinculando todos os entes federados – União, estados, Distrito Federal e municípios; por outro lado, quando atua como pessoa jurídica de direito público interno, a vinculação não atinge os demais entes federados, sob pena de usurpação de competências.

¹⁴ Sob o ponto de vista da técnica jurídica, o instituto *competência* é próprio da teoria geral do processo, referindo-se, de modo bem amplo, ao exercício da atividade jurisdicional e sua delimitação *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* ou *ratione valoris*. Portanto, é mais adequado que o termo *atribuição* seja utilizado por ocasião do exercício da atividade administrativa e/ou legislativa dos entes federativos. Entretanto, como os textos dos tribunais e da doutrina frequentemente não fazem qualquer distinção, preferimos manter o padrão conhecido para não dificultar a compreensão da obra e do tema em apreço.

Neste caso, a União, como qualquer ente federado, possui uma série de restrições, devendo, por conseguinte, respeitar o exercício dos atos praticados pelos entes subnacionais, quando no limite de suas competências constitucionais.

Assim, a Lei 11.445/2007, agora atualizada, estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e, concomitantemente, fixa a respectiva política federal¹⁵.

Como conciliar, então, o binômio?

O nacional compreende a sociedade em todo o espaço social, com seus interesses difusos. O federal remete à União, que assume as rédeas, como responsável pelo processo, fazendo-se tutora deste, retirando, de certo modo, esse papel dos demais entes da federação. A aparente confusão entre os conceitos parece evidenciar que o legislador brasileiro mantém certa dificuldade em extremar, tecnicamente, institutos jurídicos bastante conhecidos. Na prática, porém, teremos não só as *diretrizes* para o saneamento básico, mas também uma *política* de cunho e alcance nacionais¹⁶. Ou seja, tanto as diretrizes como a política serão nacionais.

3.2 A *principiologia*

Na sequência, o art. 2º da Lei 11.445/2007 elenca o que chama de *princípios fundamentais* dos serviços públicos de saneamento¹⁷:

I – universalização do acesso e efetiva prestação do serviço;

II – integralidade;

III – abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente;

IV – disponibilidade, nas áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, tratamento, limpeza e fiscalização preventiva das redes, adequados à saúde pública, à proteção do meio ambiente e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

V – adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI – articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídrico e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

VII – eficiência e sustentabilidade econômica;

VIII – estímulo à pesquisa, ao desenvolvimento e à utilização de tecnologias apropriadas, consideradas a capacidade de pagamento dos usuários, a adoção de soluções graduais e

¹⁵ Em rigor, as *diretrizes* destinam-se a orientar, em todo o território brasileiro, normas práticas, voltadas para uma infraestrutura social de incalculável alcance, como o é o complexo de ações do saneamento básico. Já uma *política*, que conduz as ações, pretende direcionar programas de saneamento básico, e, simultaneamente, facilitar-lhes a implementação – essa é da alçada federal.

¹⁶ À margem da questão jurídica, é importante lembrar que a Lei 11.445/2007 pode figurar no elenco das políticas nacionais que se relacionam, com mais intimidade, à Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), ao Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), à Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), à Lei Florestal (Lei 12.651/2012), ao Estatuto da Metrópole (Lei 13.089/2015) e à Regularização Fundiária Urbana (Lei 13.465/2017).

¹⁷ Podemos considerar como princípios as enunciações normativas, de valor genérico, envolvendo a interpretação, aplicação e integração do ordenamento jurídico. A sua utilização tem ganhado destaque, já que permite a tutela de um maior número de relações jurídicas. Estão cada vez mais presentes, no nosso sistema normativo, as denominadas *normas-princípio* ao lado das bastante conhecidas *normas-regra*.

progressivas e a melhoria da qualidade com ganho de eficiência e redução dos custos para os usuários;

IX – transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X – controle social;

XI – segurança, qualidade, regularidade e continuidade;

XII – integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos;

XIII – redução e controle das perdas de água, inclusive na distribuição de água tratada, estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reuso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva;

XIV – prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços;

XV – seleção competitiva do prestador dos serviços; e

XVI – prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

A título de observação, não se verifica que o apontado rol comporte *numerus clausus*, uma vez que a expressão *princípios fundamentais*, estampada no *caput* do aludido dispositivo, indica a presença de relação exemplificativa. Se existem princípios fundamentais, como contraponto, há também princípios secundários ou não fundamentais. Por uma das mais conhecidas regras de hermenêutica, a lei não contém palavras inúteis – portanto, a adjetivação proposta pelo legislador não pode ser desconsiderada. Deve ser entendida como apontamento de vontade normativa a estabelecer rol exemplificativo. *Princípio*, por natureza, já se estrutura como um fundamento, como valor jurídico ou social de determinada comunidade e/ou ordenamento. A aglutinação de ambas as expressões gera o raciocínio de que existem princípios não citados expressamente na relação do art. 2º da Lei 11.445/2007. A propósito, não é demais considerar que a própria Lei 11.445/2007, no art. 21, relaciona outros (princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões), o que se coaduna com o entendimento exposto.

Diga-se, de passagem, que, em termos de Administração Pública, a base de todos os valores tem origem nos chamados supraprincípios de Direito Administrativo. Desse modo, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, em último caso, devem se constituir como norte para o gestor na interpretação e aplicação das leis – até na aplicação dos princípios.

Apesar de a relação não apresentar nada de novo em termos de princípios – em qualquer de seus elementos é possível enxergar valores prévios já existentes no ordenamento jurídico –, o legislador fornece preciosas ferramentas aos operadores.

Em outras palavras, ao dissecar e, de certo modo, detalhar alguns dos valores por meio de expressões mais práticas (quase que chegando a uma fórmula casuística), o texto legal facilitou a integração normativa, prevenindo futuros conflitos e deixando clara as diretrizes de interpretação, aplicação e integração normativa.

Questão que merece consideração, neste espaço, diz com a aplicabilidade, entre nós, do

chamado *princípio da reserva do possível*, instituto de criação germânica¹⁸, que teve origem em demanda judicial em que se objetivava permitir que estudantes cursassem o ensino superior público, como garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. A Suprema Corte alemã decidiu, na ocasião, que somente se poderia exigir do Estado determinada prestação nos limites de razoabilidade. Como resultado, a efetivação dos direitos sociais, caracterizada por uma atuação estatal positiva, estaria condicionada aos limitadores do próprio Estado.

Na perspectiva do saneamento básico, a atenção deve ser redobrada, pois envolve, direta ou indiretamente, uma prestação do Poder Público que, em sentido amplo, se caracteriza como direito social.

A própria Constituição Federal, em seu art. 1º, III, estabelece que a dignidade da pessoa humana seja um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Tal princípio, propugnado, pela primeira vez, por Immanuel Kant, se consolida na estrutura constitucional, por meio da materialização de dispositivos que garantem a vida, a saúde, a educação e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O saneamento, por evidente, é instrumento de efetivação dos direitos exemplificativamente colacionados e, por via de consequência, mecanismo do pleno exercício da dignidade humana.

Sob o ponto de vista prático, há inúmeros desafios. Não é novidade que comunidades inteiras sequer têm acesso ao abastecimento de água. Não é novidade, também, que a prestação dos serviços de saneamento básico requer a mobilização e organização de aparato significativo, envolvendo desde a aprovação orçamentária, até a efetivação de projetos complexos, muitas vezes de demorada maturação. O cenário, por sinal, não ensejaria maiores dificuldades para aplicação do princípio festejado pelos alemães, já que abrangeria um simples binômio apresentado pela necessidade do titular e a possibilidade do Estado.

A outro giro, torna-se praticamente inviável se determinar o ponto no qual a inexistência da prestação estatal se relaciona a fatores de viabilidade orçamentária, jurídica e técnica. A inviabilidade brasileira, muitas vezes, tem origem obscura, sendo resultado, no mínimo, da incompetência na gestão dos recursos públicos. Aqui, o princípio da reserva do possível pode se transformar na justificativa da insensatez estatal, do nada fazer, premiando, por via oblíqua, a má e, por vezes, criminosa gestão da coisa pública.

Examinando o tema a partir da concepção do direito ao saneamento básico como valor fundamental, nossos tribunais, no campo do controle de políticas públicas, têm prestigiado o entendimento de que “não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente”, em ordem a impor que os direitos fundamentais saiam do limbo das promessas constitucionais para o mundo da vida¹⁹. Portanto, toda vez que a Administração atua de forma negativa, abstendo-se de adotar um comportamento que lhe é imposto pela Constituição – como ocorre na hipótese do saneamento ambiental, por força da incidência da garantia do *mínimo existencial ecológico* –, há margem para que a omissão ou atuação insuficiente sejam questionadas e corrigidas por meio da via jurisdicional, inclusive mediante a imposição de ações concretas destinadas a assegurar um patamar mínimo de

¹⁸ Ver LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁹ STJ, REsp 575.998/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07.10.2004. No mesmo sentido, TJ/SP, AC 363.851.5/0, Câmara Especial de Meio Ambiente, Rel. Des. Jacobina Rabello, j. 12.07.2007.

qualidade ambiental²⁰.

Pelo dito, torna-se inviável a aplicação do princípio da reserva do possível em termos de saneamento básico, já que, no Brasil, em nosso atual estágio da gestão da coisa pública, estaria-se por legalizar a omissão estatal na implementação dos serviços correspondentes.

3.3 A compreensão do tema

O art. 3º da Lei 11.445/2007 estabelece a formulação de conceitos, como é da tradição recente do direito brasileiro. Ali, o aplicador e intérprete encontram diversas delimitações. São, nesta esteira, informadas as definições legais dos termos saneamento básico (inc. I); gestão associada (inc. II); universalização (inc. III); controle social (inc. IV); prestação regionalizada (inc. VI); subsídios (inc. VII); localidades de pequeno porte (inc. VIII); contratos regulares (inc. IX); núcleo urbano (inc. X); núcleo urbano informal (inc. XI); núcleo urbano informal consolidado (inc. XII); operação regular (inc. XIII); serviços públicos de saneamento básico de interesse comum (inc. XIV); serviços públicos de saneamento básico de interesse local (inc. XV); sistema condominial (inc. XVI); sistema individual alternativo de saneamento (inc. XVII); sistema separador absoluto (inc. XVIII); e sistema unitário (inc. XIX)²¹.

A seguir são explicitados outros conceitos legais, abrangendo a delimitação dos serviços públicos de abastecimento de água (art. 3º-A); dos serviços públicos de esgotamento sanitário (art. 3º-B); dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos (art. 3º-C); e dos serviços públicos de manejo de águas pluviais urbanas (art. 3º-D).

Existe – como evidenciado – significativa elevação do rol de conceitos legais, por intermédio da reforma trazida pela Lei 14.026/2020. Apesar de, em um primeiro momento, ser louvável o movimento legislativo, o excessivo detalhamento técnico no corpo da lei pode se afigurar inadequado, já que muitas vezes a dinâmica da ciência pode rapidamente desatualizar o dispositivo – podendo as definições legais se tornarem incorretas ou haver o surgimento de novas tecnologias não previstas na norma²².

Dentre os inúmeros conceitos normatizados, é importante destacar a definição legal de *saneamento básico* para a Lei 11.445/2007, pois é a partir dela que se desenvolve a efetiva prestação de serviços.

Como já observado, entendemos inadequada a expressão *saneamento básico*, que, na verdade, encerra apenas a solução dos problemas relacionados com o abastecimento de água e disposição dos esgotos de uma comunidade. Em pleno século XXI e diante da necessidade de se considerar aspectos de salubridade do meio ambiente artificial e de preservação do meio ambiente natural, parece-nos mais integrador o termo *saneamento ambiental*. Contudo, o legislador insistiu, nas alterações trazidas pela Lei 14.026/2020, em manter a forma tradicional, nada obstante a abrangência maior que o conceito agora encerra (art. 3º, I), identificando-o

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 233-236 e 529-533.

²¹ A Lei 11.445/2007 parece, no rol do art. 3º, querer dar materialidade ou conteúdo prático a diversos princípios da Administração Pública. Apesar de não ter adotado a melhor técnica, afastando-se dos cânones doutrinários, o legislador procurou dar enfoque mais operacional aos princípios, prestigiando a operabilidade do direito (a norma não é instrumento de contemplação, mas mecanismo de efetividade dos anseios sociais; não é um fim em si mesmo, mas o instrumento para que o homem atinja sua plenitude).

²² Dentro do possível, deve o legislador se afastar das definições técnicas, deixando o trabalho aos órgãos respectivos – que, comumente, expedem as regulamentações correspondentes. Conceitos técnicos em leis, além de “engessarem” o ordenamento, elevam o risco de judicialização – muitas vezes porque novas tecnologias, simplesmente, precisam do reconhecimento para serem implementadas.

como o conjunto de serviços públicos , infraestruturas e instalações operacionais de: (i) abastecimento de água potável; (ii) esgotamento sanitário; (iii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e (iv) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

É evidente a extrapolação do conceito de *básico*, feita pela própria lei, na medida em que considera, expressamente, a preservação ambiental na gestão dos esgotos sanitários, dos resíduos sólidos e das águas pluviais urbanas²³.

O art. 3º, I, da Lei 11.445/2007, ao considerar *resíduos sólidos* e *águas pluviais* como saneamento *básico*, traz um mérito implícito: a possibilidade da gestão conjunta das respectivas estruturas²⁴.

Por oportuno, o rol dos conceitos trazidos pelo inciso I do art. 3º da Lei 11.445/2007 deve ser avaliado em conjunto com os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C e 3º-D nela incluídos por força da Lei 14.026/2020. No art. 3º, I, encontramos a definição quadripartida de saneamento *básico* e os dispositivos seguintes delimitam o aspecto de cada um dos elementos da quadripartição (arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C e 3º-D). Verifica-se, então, uma definição de saneamento *básico* integrada pelos elementos aglutinadores de vários dispositivos.

No intuito de facilitar a compreensão do tema e ousando cometer eventuais imprecisões técnicas, podemos afirmar que *saneamento é o conjunto de serviços públicos de abastecimento de água, de esgotamento sanitário, de resíduos sólidos e de águas pluviais, considerados em sua integralidade sistêmica*.

É importante aqui ressaltar que a Lei 11.445/2007, com as alterações da Lei 14.026/2020, faz uma conceituação analítica de saneamento, procurando expandir e encerrar todos os elementos técnicos conhecidos ao longo de quatro extensos artigos. Todavia, observando os dispositivos correspondentes, notamos a evidente preocupação do legislador de que sejam considerados os serviços em todo o seu ciclo. Melhor explicando: nos *serviços de abastecimento de água* (art. 3º-A, I, II, III, IV, V e VI), a norma faz referência não só à distribuição, mas a todo processo produtivo antecedente; nos *serviços de esgotamento sanitário* (art. 3º-B, I, II, III e IV), o dispositivo faz menção não só à coleta, mas a toda a sua estrutura, inclusive a disposição final; nos *serviços de resíduos sólidos* (art. 3º-C, I, II e III) cuida não só das suas várias modalidades, mas do processamento do coletado; e nas *águas pluviais* (art. 3º-D, I, II, III e IV) versa sobre os aspectos integrais que envolvem não só a drenagem, mas também o transporte, a contenção e disposição final. De forma resumida, a Lei 11.445/2007 considerou os quatro serviços em seu todo.

Neste ponto, vale observar que o manejo de resíduos sólidos, apesar de possuir legislação própria (Lei 12.305/2010), é componente do conceito amplo de saneamento básico (art. 3º, I, 'c' da Lei 11.445/2007). Por este motivo, sob o ponto de vista da boa técnica legislativa e da adequada gestão, afigurar-se-ia como ideal que a regulação fosse única, conforme vimos insistindo.

A manutenção de dois diplomas distintos, nas formas atuais, é um sério dificultador para o tratamento integrado dos temas, face a uma incompatibilidade fatal dos dois diplomas: a Lei 11.445/2007 cuida dos planos de saneamento em três níveis: nacional, regional e municipal.

²³ Arts. 3º, I, 'b', 'c' e 'd' e 3º-B, IV da Lei 11.445/2007.

²⁴ É importante considerar que, tradicionalmente, resíduos sólidos e águas pluviais são assuntos esquecidos – ou relegados ao segundo plano – na gestão das cidades. Fez bem o legislador em inseri-los no art. 3º da Lei 11.445/2007. Perdeu-se, entretanto, em 2020, a oportunidade de se unificar as Leis de Saneamento e de Resíduos Sólidos, como já afirmado em diversas oportunidades.

Dentro dos respectivos planos, por óbvio, se inserem – ou deveriam se inserir – o manejo de resíduos sólidos, diante, inclusive, da correlação do lixo com a preservação dos recursos hídricos. Por questão de compatibilidade lógica, teríamos, assim, para a Lei 11.445/2007, os resíduos sólidos regulados nas três esferas. Entretanto, a Lei 12.305/2010 institui, em seu art. 14, sete espécies de planos de resíduos sólidos: nacional, estadual, microrregional, de regiões metropolitanas, intermunicipal, municipal e de gerenciamento. Ou seja, a existência de três planos para a Lei 11.445/2007 e sete planos para a Lei 12.305/2010.

Na prática, os titulares dos serviços continuarão a manter um plano de saneamento e um plano de resíduos sólidos, o que não possui qualquer racionalidade ou justificativa técnica plausível – exceto a confusão legislativa feita pela excessiva disparidade de níveis.

Em uma situação técnica, afigurar-se-ia mais adequado que o novel diploma regulatório revogasse as Leis 11.445/2007 e 12.305/2010, fundindo-as em marco único. Se o tema sobre resíduos sólidos integra o saneamento, por que a presença de diplomas distintos?

Por fim, os arts. 4º e 5º da Lei 11.445/2007 deixam evidenciado que os *recursos hídricos* e as *soluções individuais* não integram os serviços públicos de saneamento básico. Outra solução, por evidente, não caberia, já que *recurso hídrico* é espécie de serviço ambiental e a *atuação isolada* é incompatível com a natureza jurídica da prestação de serviços.

3.4 A titularidade dos serviços

Suprindo omissão da norma reitora – que não enfrentava diretamente a questão da titularidade –, a Lei 14.026/2020, seguindo, grosso modo, a modelagem então praticada pelos interessados ao longo dos 13 anos do texto original²⁵, trouxe o equacionamento da questão.

Para o art. 8º da Lei 11.445/2007 – agora com a nova redação do ano de 2020 –, exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento: (i) os Municípios ou o Distrito Federal, quando se tratar de *serviço de interesse local* (definido como funções públicas e serviços em que as infraestruturas e instalações operacionais atendam a um único município); e (ii) o Estado, em conjunto com os Municípios, quando se tratar de *serviço de interesse comum* (aquele em que ocorre o efetivo compartilhamento de instalações operacionais). Por óbvio, a divisão estabelecida pela norma se atém ao paradigma constitucional de definição de competências, tendo em vista o critério da predominância de interesses.

No ponto, cabe fazer referência a duas circunstâncias importantes trazidas pelo citado dispositivo. A *primeira* se refere ao Distrito Federal que, apesar de exercer competência cumulativa²⁶, só pode titularizar os serviços com base no inc. I do art. 8º da Lei 11.445/2007, já que seu território não pode ser fracionado em municípios²⁷. A *segunda*, relaciona-se à competência estadual prevista no inc. II, que necessita de elementos pragmáticos para sua caracterização, ou seja, a existência de lei complementar estadual e o compartilhamento efetivo de instalações operacionais. De certo modo, ao objetivar a caracterização dos

²⁵ De maneira sumária: nas cidades, não integrantes de regiões metropolitanas, era fixado contrato de programa com o órgão prestador dos serviços; nos municípios, inseridos em regiões metropolitanas, era firmado previamente convênio de cooperação com o respectivo estado, com o posterior contrato de prestação de serviços. Desta maneira, foram enfrentadas as questões de competência, reconhecendo-se, como titular dos serviços de saneamento, nas localidades não integrantes de região metropolitana, o município; e como titulares do saneamento, nas regiões metropolitanas, o município e estado.

²⁶ Art. 32, § 1º, CF.

²⁷ Art. 32, *caput*, CF.

interesses – nesta última hipótese –, o legislador evitou as famosas e longas discussões sobre qual é o interesse predominante nos inúmeros casos que surgirão. A fórmula é simples: a titularidade é municipal, exceto nos casos de existência de lei complementar do Estado respectivo, nos termos do art. 25, § 3º da CF, e desde que haja o compartilhamento efetivo de instalações.

Quanto à forma, duas situações merecem destaque: (i) no caso de titularidade municipal, o exercício é livre, não pressupondo qualquer instrumento de pré-constituição ou requisito antecedente; (ii) na hipótese de titularidade do Estado, é necessário lei complementar anterior nos termos do art. 25, § 3º, CF.

A redação do art. 8º da Lei 11.445/2007 é de boa técnica e se coaduna com o ordinariamente praticado no país. Neste ponto, o legislador acerta, trazendo segurança e clareza aos operadores, tratando o assunto de maneira objetiva.

Uma marca crítica – não bem dimensionada pelos estudos preliminares – é a possibilidade de neutralização do fortalecimento constitucional da figura dos municípios, do Distrito Federal e até do próprio Estado. Em outras palavras, apesar de o art. 8º da Lei 11.445/2007 trazer a expressa titularidade dos referidos entes, a concessão de superpoderes administrativos à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico- ANA (art. 4º-A da Lei 9.984/2000) – como será visto –, pode esvaziar a atuação, o engajamento e a participação dos “donos do serviço”. De fato, pela reforma introduzida, a ANA pode dispor sobre a regulação tarifária, o estabelecimento de metas e os critérios de fixação de custos²⁸ e sobre todos os outros pontos centrais da gestão de qualquer serviço, sendo a obediência aos critérios da entidade federal incentivada pelo acesso a recursos²⁹. Assim, até caberia eventual discussão sobre a possibilidade do “descolamento da tutela” da ANA. Entretanto, a perspectiva da ausência de dinheiro impede qualquer mobilidade neste sentido.

Dito às secas e às claras, corre-se o risco de o sistema ficar demasiadamente concentrado na esfera federal, com a transferência gradativa das decisões para o poder central.

Sem se discutir questões ou razões de fundo, há, evidentemente, uma opção do legislador em concentrar na União a maior influência decisória e de gestão possível. O rumo da norma é demonstrado em vários trechos da Exposição de Motivos do Projeto de Lei 4.162/2019. Por sinal, os itens 12 a 17 apontam críticas à existência de inúmeras agências reguladoras – inclusive, as municipais – e a necessidade de concentração de poderes à ANA.

É inegável que o Poder Legislativo optou por um modelo mais federal do que municipal ou regional, cujos resultados claros só irão se descortinar nos próximos anos.

Cabe apenas o alerta de que, se não bem dosadas as ações, poderá haver o esvaziamento total da influência dos municípios, do Distrito Federal e dos estados, na medida em que se dá à Autarquia Federal das Águas o poder de criar normas de caráter regulamentador, mediante o subterfúgio de classificá-las como *normas de referência* (p. ex., a regulamentação tarifária e a padronização dos instrumentos negociais).

3.5 O papel da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico- ANA na governança

²⁸ Art. 4º-A, § 1º, II e IV e § 3º, VII, Lei 9.984/2000.

²⁹ Art. 4º-B, Lei 9.984/2000 e art. 50, § 8º, Lei 11.445/2007.

regulatória

A agora chamada Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico- ANA é uma autarquia da União, de regime especial³⁰, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional- MDR, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos- SINGREH, que tem por finalidade implementar, nos limites de suas competências, a Política Nacional de Recursos Hídricos e instituir normas de referência para regulação dos serviços públicos de saneamento básico³¹.

Como já pontuado, a reforma trazida pela Lei 14.026/2020 conferiu à ANA singular protagonismo no sistema, a indicar um claro movimento de centralização da gestão, muito semelhante àquele ocorrido no curso do PLANASA, no qual o Banco Nacional de Desenvolvimento- BNH ditava as regras jogo.

Os extensos arts. 4º, 4º-A e 4º-B da Lei 9.984/2000 demonstram que os aspectos de controle dos serviços de saneamento são conferidos à ANA de maneira quase que ilimitada, ultrapassando em muito os limites federais, com riscos de não conformidades³², ante a possibilidade de se regrar, por via de atos administrativos, direitos e obrigações.

O argumento de que a ANA *legisla* por autorização da Lei 9.984/2000 é frágil e gera perigoso precedente, diante da violação oblíqua da Constituição – o legislador burla a Lei Máxima ao editar norma infraconstitucional dando poderes legislativos à administração indireta. A forma adotada, enfim, ofende a garantia constitucional da legalidade, autorizando a administração pública a usurpar a competência do Poder Legislativo.

Nada há de errado que o Brasil opte, como a França, p. ex., por conferir a competência legislativa sobre algumas matérias ao Poder Executivo ou aos seus órgãos (a Constituição francesa, aliás, adota a prática em matéria de trânsito). Deve fazê-lo, porém, por meio da Lei Máxima e, em consonância com os seus princípios. Não se pode fechar os olhos às garantias fundamentais da Constituição, permitindo “o vale tudo” em matéria de saneamento, sob qualquer pretexto por mais nobre que se demonstre. A busca da universalização dos serviços de saneamento não constitui justificativa idônea para desobediência à Carta Política e à delegação indiscriminada de poderes legislativos a uma autarquia federal³³.

Enfim, como reguladora-mor, caberá à Agência, por meio de normas de referência, pautar a governança de suas congêneres subnacionais em relação aos *comandos gerais* que possam ser uniformemente aplicados em todo o País, sem descuidar que as especificidades locais

³⁰ A ANA é uma entidade de caráter autárquico não convencional, porque possui alguns elementos distintos da clássica definição trazida pelo Decreto-Lei 200/1967. Assim é que apresenta – ao contrário das autarquias tradicionais – a estabilidade dos mandatos de seus dirigentes. É comandada por uma diretoria colegiada de cinco membros, com mandato de cinco anos, não coincidentes com o do Presidente da República que os nomeou.

³¹ Art. 3º da Lei 9.984/2000, com redação determinada pela Lei 14.026/2020.

³² Observe-se que o art. 4º da Lei 9.984/2000 atribui à ANA, dentre inúmeros outros “direitos”, (i) a outorga dos recursos; (ii) a cobrança do uso do recurso ambiental e a distribuição de suas receitas; (iii) o regramento e fiscalização da operação dos reservatórios; (iv) a proposição de incentivos; (v) o planejamento quanto às secas; (vi) o controle de barragens; e (vii) a fixação das regras de uso da água. Na relação apresentada, o legislador procura abranger todo o processo de prestação de serviços da União, colocando-o, integralmente, sob a tutela da autarquia federal.

³³ Registre-se que parte da doutrina e dos tribunais considera como *numerus apertus* o rol do art. 59 da Constituição Federal. Assim, em tese, haveria a admissão de normas, de conteúdo primário, não expressamente elencadas no referido dispositivo. Entretanto, deve sempre ser considerada uma aplicação excepcionalíssima, pois é impossível se avaliar até que ponto a atividade do Poder Executivo não configura usurpação da competência do Poder Legislativo. Por sinal, mesmo os defensores da teoria da derogabilidade (*defeasibility*) – que permite a não aplicação da lei nas hipóteses em que o caso concreto foge ao *standard* jurídico – não são tão ousados ao envolvê-la em nível constitucional. Seria, sem dúvida, um ato de insurreição ao Texto Máximo deixar de se aplicar os seus arts. 5º, II e 59.

continuam inseridas na competência de Estados e Municípios.

Pois bem, ao se optar por um caminho diferente para a normatização dos serviços de saneamento, com a nacionalização das regras ou federalização da regulação, restou confiada à ANA a atribuição de delimitar e regular os principais elementos da prestação dos serviços de saneamento no Brasil.

Assim, o art. 4º-A da Lei 9.984/2000 atribuiu-lhe o estabelecimento da regulamentação dos serviços públicos de saneamento básico, por intermédio de normas de referência³⁸, que disporão sobre os aspectos gerais da prestação daqueles serviços, ou seja, sobre (i) os padrões de qualidade e eficiência; (ii) as tarifas; (iii) a padronização dos instrumentos contratuais; (iv) as metas de universalização; (v) a contabilidade regulatória; (vi) a redução e controle de perdas de água; (vii) as indenizações de investimentos; (viii) a governança das entidades reguladoras; (ix) o reúso de efluentes; (x) os parâmetros de caducidade; (xi) as metas de substituição de sistemas; (xii) os sistemas de avaliação; e (xiii) os conteúdos mínimos para prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira.

Aparentemente, a autorização para a delegação de tais atribuições à ANA se fez sob o amparo do art. 20, XX, da CF/1988, que entrega à União competência para “instituir *diretrizes* para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, *saneamento básico* e transportes urbanos” (*g.n.*), o que não significa dizer ter-se atribuído à Autarquia *poder normativo* para regulamentar o setor de saneamento em sua integralidade e sem limitação material ou temporal, que difere absolutamente de emissão de diretrizes norteadoras.

Insta esclarecer, por oportuno, que a Lei 9.984/2000 não atribui força vinculatória aos regramentos estabelecidos, nos termos de seu art. 4º-A. A adesão, então, é incentivada por mecanismos indiretos, especialmente pelo acesso a recursos federais³⁹. Obviamente, o legislador acaba por utilizar um mecanismo coercitivo, uma vez que a perspectiva da ausência de dinheiro arrefece qualquer intenção de autonomia.

Evidentemente, para bem cumprir suas novas atribuições, a ANA terá que se estruturar ou, como se queira, passar por uma reengenharia que a habilite a desenvolver capacidades regulatórias para lidar com contratos, riscos, avaliação de ativos, projetos de investimento, tarifas sociais, tratamento de passivos de poluição etc. De mesma relevância será a regulamentação da oferta de capacitação técnica específica a gestores, essencial para o bom cumprimento dos objetivos da lei, especialmente o de atingir a universalização da prestação dos serviços de saneamento no prazo previsto.

3.6 A prestação regionalizada dos serviços

A formação de blocos municipais para a prestação integrada dos serviços de saneamento já era prevista pela CF, que autoriza a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcios e convênios de cooperação (art. 241). A novel legislação, entretanto, inovou ao ampliar as formas de prestação regionalizada, atribuindo aos Estados competência para a

³⁸ Segundo calendário regulatório divulgado pela Agência, estão previstos, para o momento, o enfrentamento de 4 temas prioritários, dentre um rol de 22 elucidados para até o final de 2022, a saber: (i) formalização de procedimentos para a elaboração das normas da Agência; (ii) diretrizes para o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de água e esgoto; (iii) forma de cálculo para a indenização de ativos pelo encerramento de contratos de programa (firmados com empresas públicas); e (iv) normas para a implantação de taxas ou tarifas de lixo, necessários para garantir a sustentabilidade econômico-financeira desses serviços (*Valor*, 11.09.2020, p. B2).

³⁹ Art. 4º-B da Lei 9.984/2000 c/c o art. 50, § 8º da Lei 11.445/2007.

estruturação desses blocos.

O tema em epígrafe foi sempre inçado de dificuldades relacionadas à caracterização da natureza dos serviços de saneamento como função pública de *interesse comum* ou de *interesse local*.

Analisando a questão sob o prisma das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, o STF, na ADI 1842/RJ – embora reconhecendo a competência municipal para a gestão do saneamento básico – obtemperou que a função pública desse serviço frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum. Este, o interesse comum, é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências adversas para a saúde pública de toda a região.

Polêmicas à parte, a Lei 11.445/2007, com a redação determinada pela Lei 14.026/2020, erigiu a *prestação regionalizada dos serviços* como um dos princípios fundamentais da atual PNSB (art. 2º, XIV), definindo-a, no art. 3º, inc. VI, como “modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um município”, e que pode ser estruturada em:

I – Região Metropolitana, Aglomeração Urbana ou Microrregião: unidade instituída pelos Estados *mediante lei complementar*, composta de agrupamento de Municípios limítrofes;

II – Unidade Regional de Saneamento Básico: instituída pelos Estados *mediante lei ordinária*, composta pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos; e

III – Bloco de Referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecidos pela União, subsidiariamente aos Estados, e formalmente criado por meio de *gestão associada voluntária* dos Municípios titulares dos serviços⁴⁰.

Com relação às *unidades regionais de saneamento básico*, é preciso atentar que o Estado tem o prazo de 1 ano, a partir de 16 de julho de 2020,⁴¹ para estabelecê-las, findo o qual a União fica habilitada a instituir *blocos de referência*⁴², para suprir a omissão daquele. A bem ver, não faz sentido desafiar o Estado – para o exercício de uma função tipicamente administrativa – à edição de uma lei ordinária e não se exigir o mesmo da União, quando, subsidiariamente, atua no mesmo sentido. Ora, basta conhecer minimamente os percalços do processo legislativo para saber que, no exíguo prazo apontado, como regra, não se aprova lei alguma. Mais um dado a evidenciar a retomada da ação centralizadora da União no setor, em detrimento da influência dos entes subnacionais.

Outro tanto, no que toca aos chamados *blocos de referência*, também não parece promissora a sua exequibilidade prática, na medida em que, por depender de associação *voluntária* dos municípios titulares dos serviços, dificilmente se sensibilizará uma cidade rica a associar-se a um pacto espontâneo, utilizando recursos próprios para aplicação fora de sua área de comando. É sabido que os haveres das cidades são limitados, de sorte que a concordância com os termos de um eventual patrocínio ao bloco de referência poderá importar

⁴⁰ Arts. 3º II e VI, ‘c’ e 52, § 3º da Lei 11.445/2007.

⁴¹ Data da publicação da Lei 14.026/2020.

⁴² Art. 52, § 3º, da Lei 11.445/2007, com redação dada pela Lei 14.026/2020.

em má gestão do erário local. Não é razoável imaginar, no contexto trazido pela Lei 14.206/2020, que os Poderes Legislativo e Executivo de cidades com receitas significativas – que também possuem seus desafios orçamentários – concordem simplesmente em enfrentar despesas com outras localidades. Não se trata, a bem ver, de uma questão de política ou de solidariedade entre brasileiros, mas de responsabilidade com os recursos do próprio município, até porque não se registra, no País, qualquer cidade que tenha equacionado totalmente suas demandas.

De qualquer forma, atentos ao que diz a lei, tem-se que o objetivo da regionalização é obter ganhos de escala e garantir viabilidade econômico-financeira dos serviços, com vistas à sua universalização. A prestação regionalizada, argumenta-se, por incluir municípios mais e menos atraentes e não necessariamente contíguos em um mesmo território de prestação, afasta, ao menos em parte, o risco de qualquer deles, por mais pobre e pequeno que seja, ficar fora do processo de universalização. Para tanto, buscou o legislador incentivar a adesão à prestação regionalizada, instituindo alguns benefícios, como, por exemplo, a flexibilização do prazo para atingimento das metas de universalização⁴³, a priorização à alocação de recursos públicos federais não onerosos e ao recebimento de apoio técnico e financeiro da União para adaptação dos serviços ao disposto na lei de regência.

O que se espera, malgrado os senões apontados, é que a prestação regionalizada de saneamento não descance apenas na seara retórica, mas se erija em instrumento capaz de permitir que os Municípios deficitários tenham a oportunidade de se aparelhar com estruturas mais avançadas para melhorar a qualidade dos serviços.

3.7 A cobrança dos serviços

Em outra feição, a sistemática de cobrança dos serviços de saneamento do “novo” marco legal é de técnica questionável, pois continua mantendo os vícios da redação original da Lei 11.445/2007. Nesta, a confusão entre os institutos da *taxa* e da *tarifa* gerava menor “estrago” diante da limitação da figura de pactuação ao *contrato de programa*, cujos caracteres eram perfeitamente definidos pela própria legislação, no sentido da adoção do regime tarifário. Entretanto, com o “novo” marco legal, que revive a figura da *concessão* e estabelece o regime de delegação, há a probabilidade maior de conflito, sobretudo porque a padronização dos contratos ficará ao alvedrio da administração pública indireta, na figura da ANA. Nessa esteira, se espalham pelo texto espécies distintas (taxa e tarifa), como se uma coisa só fossem, sem se demonstrar muita preocupação com o fato de integrarem regimes jurídicos díspares.

Obviamente, a mistura para os serviços de saneamento de dois regramentos é uma opção, no mínimo, inadequada. Há, para os mais ousados, a possibilidade de um único prestador – a depender da relação jurídica estabelecida com o titular – atuar, ao mesmo tempo, no executivo fiscal e no regime comum. Tal circunstância não é irrelevante, em virtude das prerrogativas conferidas ao Fisco, especialmente a de não sujeição à tutela consumerista e da preempção na execução do crédito.

Mesmo que assim não fosse, caso a ANA venha a optar pela uniformização de um regime

⁴³ Sempre que os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização até 2033, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dilação do prazo, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária (art. 11-B, § 9º, da Lei 11.445/2007, com redação determinada pela Lei 14.026/2020).

de taxa, vislumbrar-se-iam sérias consequências de ordem constitucional, em virtude das inúmeras restrições principiológicas do Direito Tributário⁴⁴. Parece ter claudicado o legislador ao não adotar um posicionamento único, ou seja, a utilização ou não do regime fiscal, deixando à autarquia federal a faculdade de endereçar a questão segundo o seu alvedrio.

A cobrança dos serviços, assunto sério e que desafia uma técnica escorreita para se prevenir, inclusive, demandas várias, foi negligenciada pelo legislador. Tecnicamente, a reforma “deixou solto demais” o modelo de contraprestação dos serviços, acolitando desnecessários conflitos administrativos e judiciais.

Outro ponto que merece referência é o permissivo para a cobrança pelos serviços de esgoto apenas com a disponibilidade das redes, independentemente da conexão ao sistema⁴⁵.

Esse comando de cobrança virtual – ou seja, pela mera disposição dos serviços –, afigura-se inexecutável: *a uma*, porque a circunstância só seria admitida nas hipóteses de taxa de serviço (art. 77, *in fine*, CTN); *a duas*, porque a utilização da tarifa como mecanismo de arrecadação estaria a violar o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa; *a três*, em razão de ordem pragmática, por ensejar a cobrança como modo de promoção da iniquidade, nas hipóteses em que o imóvel estiver desocupado – cujo serviço é inútil para o usuário – e nos casos em que o prédio possui “soleira negativa”,⁴⁶ sendo que a conexão só se faz viável se o morador efetuar, *v.g.*, a instalação de estação elevatória.

Há, por outro lado, situação obscura e juridicamente questionável: a possibilidade de inserção de valores referentes a outros serviços públicos, alheios ao saneamento, na cobrança⁴⁷. Na referida hipótese, se lança novamente o desarranjo entre os regimes comum e fiscal, com o permissivo do lançamento de cobranças “em uma mesma conta” de valores de taxa e tarifa.

Pelo observado, a reforma fez escolhas que prometem gerar não só insegurança social, mas riscos significativos aos prestadores dos serviços, com o sucessivo reconhecimento da nulidade das cobranças efetuadas.

3.8 As modalidades contratuais

Como sabemos, umas das principais inovações trazidas pela redação original da Lei 11.445/2007 foi a concepção de uma nova modalidade de pactuação, denominada *contrato de programa*.

O modelo visava, justamente, a oferecer alternativa à figura da *concessão de serviços públicos* – instituto consolidado no Direito Administrativo brasileiro e que se estruturava de maneira muito singela. Neste sentido, na concessão, o Poder Público – visto como ente titular de determinado serviço – delega simplesmente sua execução a terceiros, por intermédio de

⁴⁴ Pelo equívoco da Lei 14.026/2020, entendemos que a adoção do regime fiscal é inaplicável aos serviços de saneamento – inseridos no contexto da citada norma –, não sendo possível a ANA fazê-lo por ato administrativo. Haveria, por conseguinte, ofensa ao princípio da legalidade estrita do art. 150, I da Lei Maior. Para que se tornasse executável a taxa, no sistema da Lei 11.445/2007, seria imprescindível que o “novo” marco legal fizesse sua integral delimitação, obedecendo, inclusive, os cânones constitucionais de competência tributária. Pensamos só possível o regime jurídico tributário nas hipóteses que o titular dos serviços – em nível local – executá-lo fora das Leis 9.984/2000 e 11.445/2007. Evidentemente, o conflito se fará.

⁴⁵ Art. 45, § 4º, Lei 11.445/2007.

⁴⁶ Os denominados imóveis com “soleira negativa” se caracterizam pelo fato de se encontrarem abaixo do nível da rua. Só podem se esgotar por meio de estação elevatória de esgoto ou servidão de passagem em prédio vizinho.

⁴⁷ Art. 35, § 1º, Lei 11.445/2007.

um ato formal, precedido de seleção pública ou de sua dispensa. O contrato de concessão é uma modalidade genérica e residual utilizável para todo tipo de delegação. Entretanto, a utilização da fórmula para os serviços de saneamento apontou enormes deficiências ao longo de décadas, basicamente, (i) pela sua incompatibilidade com a abrangência territorial do serviço; (ii) pela inadequação com a complexidade do objeto; (iii) pelo não tratamento de questões específicas; e (iv) pela regulação genérica.

Portanto, a partir de 2007, o contrato de programa passou a ser adotado, como regra, para os serviços de saneamento, caracterizando-se como o negócio jurídico bilateral, oneroso, comutativo, nominado, paritário, consensual, *intuitu personae* e solene, precedido de determinadas condições legais, no qual é delegada à entidade, não integrante da administração titular, a prestação de serviços públicos de saneamento.

O contrato de programa importou significativa melhora estrutural pela especialização do instrumento, ou seja, foi um modelo concebido especificamente para o setor, exigindo como condições prévias de validade: a) o plano de saneamento básico; b) o estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços; c) as normas de regulação com previsão de diretrizes, bem como designação de entidade de regulação e fiscalização; e d) a realização de prévia audiência e consultas públicas.

Sua regulamentação, aliás, estava fora da Lei 8.987/1995, sendo que a referência ao modelo de concessão era feita, na Lei 11.445/2007, apenas como permissivo de transitoriedade, conforme assinalado na última edição deste livro.

É de se causar estranheza, assim, o repúdio aos contratos de programa como se estes tivessem fracassado, uma vez que a modelagem produziu, em pouquíssimo tempo, excelentes resultados.

Outro tanto, embora previsto no art. 16 do Projeto de Lei 4.162/2019, acabou não vingando, em razão de veto presidencial, a disciplina de um processo de transição que, ao ver de muitos, inclusive da maioria dos governadores estaduais⁵⁹, proporcionaria a adaptação do atual arranjo, notadamente para garantir a efetivação da efetividade jurídica nos contratos em vigor, em ordem a salvaguardar os interesses da Administração Pública.

Destarte, a retomada ao arquétipo da concessão de serviços públicos, na forma apresentada pela Lei 14.026/2020, é desafiadora, pois não traz um modelo puro, como o contrato de programa, mas uma contratualização mista, com requisitos congruentes de duas normas (Lei 8.987/1995 e Lei 11.445/2007).

Tecnicamente, a Lei 14.026/2020 não veicula um modelo de concessão, mas um *tertium genus*, agregando elementos de duas espécies contratuais (programa e concessão), modelo, a nosso ver, desnecessário, por isso que a contratualização do setor já estava consolidada, na figura da tipologia de programa.

3.9 O licenciamento ambiental simplificado para as atividades de saneamento

Atento à indiscutível importância e urgência das obras para um setor com tanta carência e impacto social e, sobretudo, de modo a não procrastinar as metas de universalização, delegou-se às autoridades ambientais a regulamentação de *procedimentos simplificados* para licenciar

⁵⁹ Ver Carta dos Governadores, publicada sob os auspícios da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento em vários jornais do País. *O Estado de S. Paulo*, 15.07.2020, Cad. Economia & Negócios, p. B1.

atividades relacionadas ao tratamento de efluentes gerados nos processos de cura da água, às unidades de tratamento de esgotos sanitários e às instalações integrantes dos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos, considerando sempre os requisitos de eficácia e eficiência, e ponderada a capacidade de pagamento das populações e usuários envolvidos (art. 44, *caput* e § 1º, da Lei 11.445/2007)⁶⁰.

Aliás, a reforçar esse propósito, chegou-se a propor que a competência para a promoção do licenciamento ambiental das atividades, empreendimentos e serviços de saneamento seria originariamente da responsabilidade dos municípios sempre mais perto da realidade fática (art. 21, *caput*, do PL 4.162/2019), e que a sua aprovação teria prioridade sobre os demais em trâmite no órgão ambiental (§ 2º). Em boa hora, porém, essas propostas foram vetadas, ao argumento de que, ao dispor sobre o *âmbito de competências dos Municípios* e ao estabelecer *prioridade para o licenciamento* de projetos de saneamento básico, estariam em descompasso com a Lei Complementar 140/2011, que possui regras definidas sobre o tema, além de ofender a Constituição da República por tratar em lei ordinária de matéria reservada à lei complementar (v.g. ADI 5.127, j. 15.10.2015, DJe 11.05.2016).

Visualiza-se, neste ponto, indisfarçável incoerência do Poder Executivo que, após vetar a desejada prioridade dos processos licenciatórios do setor sobre os demais em tramitação no órgão ambiental (§ 2º, art. 21, PL 4.162/2019), sancionou o comando hoje inserto no § 1º do art. 44 da Lei de Regência, determinando à autoridade licenciadora que assegure essa prioridade. *Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositivo*, isto é, onde existe a mesma razão, aí se aplica o mesmo dispositivo legal.

O Projeto de Lei 3.729/2004 (4ª versão) – preordenado a dotar o País de uma Lei Geral de Licenciamento Ambiental – também preconiza esse expediente, ao dizer que “A autoridade licenciadora deve assegurar procedimento simplificado e prioridade na análise para o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos de saneamento básico abrangidos pela Lei 11.445/2007” (art. 11, *caput*),⁶¹ e que “A exigência de EIA para o licenciamento ambiental das atividades e empreendimentos referidos no *caput* deste artigo somente deve ocorrer em situações excepcionais, devidamente justificadas pela autoridade licenciadora” (par. único).

Como quer que seja, o texto do art. 44 da Lei 11.445/2007, ao enfatizar a necessária atenção ao *princípio da eficiência* – um dos que devem reger as atividades da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, conforme o art. 37 da CF –, indica o intuito do legislador de imprimir celeridade e efetividade aos processos de licenciamento, em ordem a impulsionar o desenvolvimento de um setor que não tem mais tempo a perder.

Não é difícil antever-se, entretanto, as dificuldades com que se defrontarão as autoridades ambientais para regulamentar e bem cumprir a delegação recebida, já que sequer um critério do que a lei considera “procedimento simplificado de licenciamento” foi delineado. O desafio, portanto, está posto!

3.10 As áreas irregulares e os serviços de saneamento

É antiga a polêmica sobre a prestação dos serviços de saneamento em áreas irregulares,

⁶⁰ Com a redação dada pela Lei 14.026/2020.

⁶¹ Anteriormente, a Resolução CONAMA 279/2001, editada na época do “apagão”, já havia previsto tal rito, visando a agilizar a implantação de projetos de geração de energia elétrica com pequeno potencial de impacto ambiental.

uma vez que as intervenções que nelas venham a ser encetadas podem eventualmente caracterizar concurso em infrações praticadas por terceiros, basicamente envolvendo o esbulho possessório e a poluição⁶⁵.

A controvérsia é, ainda, reforçada pela já tradicional desenvoltura de atuação das prestadoras de serviços de distribuição de energia elétrica em espaços urbanos diversos. Tal atuação baseia-se em normas setoriais próprias, em especial na Resolução Normativa 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica- ANEEL⁶⁶⁻⁶⁷ que, em seu art. 52, § 2º, permite que a distribuidora possa atender unidades consumidoras de caráter não permanente, localizadas em assentamentos irregulares, ocupados predominantemente por população de baixa renda⁶⁸.

De qualquer forma, o endereçamento da questão não é fácil e requer uma análise mais abrangente do tema.

Lembramos, assim, *ab initio*, que a Constituição Federal, em seu art. 1º, III, elege como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Dentro desse contexto, podemos inserir o direito à saúde e à integridade física como uma das expressões da dignidade humana, de sorte a não se poder pensar em direito a esses valores, sem se garantir ao indivíduo o fornecimento de água e a possibilidade de ligação de sua moradia à rede de saneamento disponível.

Por oportuno, o serviço de saneamento constitui serviço público essencial, seja pela aplicação do art. 10, I e VI da Lei 7.783/1989 (Lei de Greve), seja pela direta vinculação desse serviço ao direito fundamental à saúde (CF, art. 196), à vida (CF, art. 5º, *caput*) e à dignidade (CF, art. 1º, III).

De seu turno, a Lei 8.078/1990 (CDC), em seus arts. 6º, I e X e 22, *caput* e par. único, estabelece os direitos básicos do consumidor, visando: (i) a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (ii) a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral; e (iii) a obrigatoriedade do fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos serviços essenciais, sua continuidade.

A lei federal de regência do saneamento (Lei 11.445/2007), menciona, no seu art. 3º, os princípios fundamentais que a informam, a saber: (i) a universalização do acesso; (ii) o abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos, realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente; (iii) a articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social, voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o

⁶⁵ Art. 161, II, Código Penal e art. 54, Lei 9.605/1998.

⁶⁶ Sob o ponto de vista jurídico, a Resolução Normativa ANEEL 414/2010 tem origem no próprio poder regulamentar da Agência, nos termos do art. 2º da Lei 9.427/1996, lembrando-se, ainda, o fulcro constitucional de tal legislação, conforme art. 21, XII, 'b', CF.

⁶⁷ Convém notar o grau de detalhamento sobre as condições gerais de prestação dos serviços trazido pela Resolução Normativa ANEEL 414/2010. Seu texto é longo e possui 229 artigos, além de 8 anexos. A regulação é quase completa, atingindo fornecedores e consumidores.

⁶⁸ Por óbvio, há a possibilidade do questionamento sobre a legalidade das ações do Setor Elétrico em virtude da estrutura adotada, pois a Resolução Normativa ANEEL 414/2010 possui natureza de ato administrativo. Entretanto, como já visto anteriormente, há tendência doutrinária e jurisprudencial em considerar como *numerus apertus* o rol do art. 59 da Constituição Federal. Assim, se admitiriam normas de conteúdo primário não expressamente elencadas no referido dispositivo. O grande desafio hoje é de se avaliar até que ponto a atividade do Poder Executivo, em tais situações, não configuraria usurpação da competência do Poder Legislativo.

saneamento básico seja fator determinante; e (iv) segurança, qualidade e regularidade.

À sua vez, a Lei 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, pontua entre seus objetivos o de identificar núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior (art. 10, I).

Por fim, merece destaque a possibilidade trazida pela Lei 11.977/2009 (Programa Minha Casa, Minha Vida- PMCMV) de se promover, por decisão fundamentada, regularização fundiária em áreas de preservação permanente, assim definidas na Lei Florestal 12.651/2012.

Destarte, consideradas tais ponderações, os aspectos envolvendo a dignidade da pessoa humana, os direitos básicos do consumidor, o direito à moradia, entre outros, tornariam possível a prestação dos serviços de saneamento básico em áreas irregulares. Com relação ao aspecto penal, a questão pode ser endereçada sob diversos ângulos, especialmente pela aplicação do conceito de *tipicidade conglobante*, segundo o qual não há tipicidade nas ações ou omissões realizadas de acordo com os demais ramos do Direito.

3.11 O Comitê Interministerial de Saneamento Básico- CISB

Para melhorar a articulação institucional entre os órgãos federais que atuam no setor, a Lei 14.026/2020 criou o Comitê Interministerial de Saneamento Básico- CISB⁷⁰, colegiado que, sob a presidência do Ministério do Desenvolvimento Regional, terá a finalidade de assegurar a implementação da política federal de saneamento básico e de coordenar a alocação de recursos financeiros em ações de saneamento básico.

No teor do Decreto 10.430/2020, o referido Comitê será composto pelos seguintes Ministros de Estado: (i) do Desenvolvimento Regional; (ii) do Chefe da Cassa Civil; (iii) da Saúde; (iv) da Economia; (v) do Meio Ambiente; e (vi) do Turismo.

As orientações do CISB para a aplicação dos recursos federais no setor de saneamento básico e as demais deliberações dele emanadas deverão ser observadas pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública federal, inclusive agências de fomento e instituições financeiras operadoras dos recursos dessa política.

Objetivamente falando, apesar da boa intenção do legislador quanto à necessidade de integração de órgãos, não nos parece que o CISB venha a ter alguma utilidade real, sobretudo pelo excesso de atribuições conferidas à ANA. Com efeito, é preciso entender que com uma agência reguladora expedindo todo tipo de deliberação na área, há sério risco de colisão de instruções.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem embargo de todas as dificuldades que emergem do tema em estudo, a Política Nacional de Saneamento Básico, estampada na Lei 11.445/2007, com as alterações promovidas pela Lei 14.026/2020, traz enfoque nas questões contemporâneas, virtude compartilhada com outros documentos legislativos referidos neste artigo.

⁷⁰ Arts. 53-A, 53-B e 53-C da Lei 11.445/2007, com redação determinada pela Lei 14.026/2020.

Sob o aspecto formal e científico, a Lei 11.445/2007 possuía, em sua redação original, uma melhor congruência técnica, não mantida em sua nova conformação de 2020, que, como observado, resultou num texto mutilado, propício a gerar questões que podem, no futuro, causar barreiras à adequada gestão do sistema⁷⁹.

Daí a necessidade de melhor reflexão sobre algumas particularidades desse atualizado desenho normativo, tais como: (i) a não unificação das leis correlatas; (ii) a centralização excessiva na ANA do poder de gestão; (iii) a inadequada estruturação dos blocos de referência; (iv) a confusão de regimes remuneratórios (fiscal e não fiscal); (v) a cobrança pelos serviços virtuais.

Por outro lado, parece que o movimento reformista ignorou aspectos relevantes, como o fato de o percentual remanescente para a universalização se referir, em boa medida, à cidade informal, que provavelmente continuará a não ser atendida, já que, mesmo no regime privado, não é facultada a execução de intervenções que caracterizem reforço à turbação e esbulho possessórios, especialmente em áreas públicas.

Nessa altura, vale lembrar que o Brasil, continuamente, passa por grave crise no setor de infraestrutura, do qual o saneamento faz parte. Não há como se desenvolver sem o equacionamento de questões relacionadas a energia elétrica, transportes, saneamento, saúde, educação e outros. É o insubstituível conjunto das infraestruturas econômicas e sociais que ainda se encontra a meio caminho. Podemos, então, concluir que a regulamentação imediata e adequada de seus setores – que possibilite, inclusive, o adequado fluxo de investimentos – é essencial a todos.

Por derradeiro, importa trazer à baila a indispensável composição do desenvolvimento socioeconômico com a saúde ambiental, o chamado sistema ESG⁸⁰. É alvissareiro que essa preocupação axial venha sendo compartilhada de tal maneira. Na atual etapa da história humana e planetária, marcada pela crescente preocupação com o saneamento ambiental, com a disponibilidade efetiva de recursos hídricos essenciais e com a qualidade de vida para a família humana e o Planeta, é possível constatar que o cuidado com os recursos ambientais adquire expressões concretas, assentes numa legislação que abre horizontes, deixando claro que o meio ambiente é também – e principalmente – uma realidade humana.

Obviamente, diante da recentíssima mudança, é temerário afirmar qual será o resultado da guinada. É inegável que a só aprovação do novo conjunto de regras suscita muitas oportunidades para o País, podendo ser um ponto de apoio para a retomada econômica, pois estima-se que, nos próximos anos, o saneamento terá necessidade de investimentos da ordem de R\$ 500 a R\$ 700 bilhões. Entretanto, apesar do ufanismo que normalmente acompanha momentos históricos semelhantes, é indispensável cautela, sobretudo em questões de variáveis diversas. Resumir o equacionamento de tudo à transferência do controle para a União e à execução dos serviços pelo capital privado pode resultar em decepção futura.

Há um enorme desafio que se vislumbra: atingir os índices completos de prestação de serviços, sem se perder o conquistado até aqui. Mais que uma oportunidade, é um dever.

⁷⁹ Ver, p. ex., Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.492/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux, proposta em 22.07.2020 pelo Partido Democrático Trabalhista- PDT, visando a impugnar os arts. 3º, 5º, 7º, 11, 13, 14 e 18 da Lei 14.026/2020.

⁸⁰ ESG = sigla em inglês do conceito de sustentabilidade ambiental, social e de governança.

