

COLETÂNEA DE ARTIGOS

# SANEAMENTO BÁSICO

ASPECTOS JURÍDICOS ATUAIS



# Sumário

Prestação regionalizada de serviços de saneamento: o estado federado como ponto focal das políticas setoriais <i>Gustavo Kaercher Loureiro</i>	02
Regulação no saneamento: desafios na implementação e controle em uma federação desigual <i>Pedro Henrique Poli de Figueiredo</i>	20
Considerações acerca do natimorto REISB <i>André Gomes e Augusto Bercht</i>	28
O ICMS sobre a energia elétrica consumida na atividade de saneamento – seletividade pela essencialidade <i>Fernando Ayres e Augusto Bercht</i>	37
A competência da união em matéria de saneamento básico <i>Clarissa Leão Lima</i>	48
Responsabilidade ambiental e saneamento básico: uma análise de aspectos civis, penais e administrativos a partir das novas contratações incentivadas pela Lei Federal 14.026/2020 <i>Fabiana Figueiró e Emília Malacarne</i>	66
Compromissos ambientais internacionais e o novo marco do saneamento básico brasileiro <i>Juliana Pretto Stangherlin e Ana Laura Ramires Carvalho</i>	79
Conheça os profissionais	87



# Prestação regionalizada de serviços de saneamento: o estado federado como ponto focal das políticas setoriais

---

Gustavo Kaercher Loureiro<sup>1</sup>

## 1. Introdução

A concepção tradicional da engenharia federativa dos serviços públicos de saneamento, em particular, dos de água e esgoto<sup>2</sup>, é ainda hoje hegemônica. Simplificadamente, esse arranjo se assenta sobre um tripé: (i.) a titularidade municipal dos serviços; (ii.) a função predominantemente executiva dos Estados Federados, por meio de suas companhias estaduais (iii.) e financiamentos, em grande medida, federais<sup>3</sup>. Tal organização federativa pulveriza a titularidade, provoca intensa fragmentação normativa e relega os Estados a uma função acanhada, mais de empresários do que de formuladores de políticas setoriais. Seus resultados práticos, especialmente nos últimos anos, escancaram o esgotamento desse modelo para dar conta do objetivo setorial primordial, de universalização dos serviços. Reputa-se que esse estado de coisas vem afetando negativamente a boa disciplina regulatória dos serviços de saneamento básico.

Tal arranjo, porém, não pode ser colocado na conta da Constituição atual. Na verdade, é o contrário. A contribuição da Constituição promulgada em 1988 para alterar o *status quo* foi grande, ainda que nem sempre isso seja reconhecido. O real problema é que tal contribuição restou, por muito tempo completamente inexplorada (e segue sendo aproveitada apenas em parte). Foi essa Constituição que tratou, pela primeira vez, do tema e, ao fazê-lo, introduziu fortes elementos de cooperação federativa, os quais abriram novas potencialidades que, se levadas às suas últimas consequências, seriam capazes de alterar profundamente o tripé antes referido. O seu art. 23, IX<sup>4</sup>, atribuiu competência (inominada) concorrente para que os três entes da Federação cuidassem, em pé de igualdade, do saneamento básico. O seu art. 21, XX, dotou o ente central,

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito, Pesquisador Sênior do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura – CERI da Fundação Getúlio Vargas. Consultor em Souto Correa Advogados.

<sup>2</sup> A Lei 11.445/2007 dá uma definição amplíssima e pouco articulada do que se há de entender por “serviço público de saneamento” (arts. 3º, I, a e 3º-A para o abastecimento de água potável; arts. 3º, I, b e 3º-B, para o esgotamento sanitário; arts. 3º, I, c; 3º-C; 6º e 7º para limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; arts. 3º, I, d e 3º-D para drenagem e manejo das águas pluviais urbanas). Este artigo ocupa-se somente dos serviços - já em si mesmos complexos - de água e esgoto.

<sup>3</sup> Esse é, grosso modo, o modelo PLANASA (Lei 6.528/1978 e Decreto 82.587/1978).

<sup>4</sup> “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...). IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (...).”

a União, da competência privativa para estabelecer *diretrizes* em matéria de saneamento (art. 21, XX<sup>5</sup>). Isso não é pouco.

As normas constitucionais e suas virtualidade já foram analisadas a fundo em outro estudo<sup>6</sup>, no qual mostramos, dentre outras coisas que a Constituição: (a.) **não tomou partido acerca da titularidade dos serviços de saneamento**<sup>7</sup>; limitou-se a lançar orientações e balizas, para que sobre tal questão decida o “legislador das diretrizes” (que deveria, sob o controle da jurisdição constitucional, interpretar e atuar os conceitos de *interesse local*, *interesse estadual*, *interesse comum etc.*); (b.) **concebeu a titularidade - de quem quer que venha a ser tido por tal - como limitada e sujeita a interações com as competências de outros entes da Federação** e, ainda, (c.) **abriu espaço para que os Estados assumissem um papel institucionalmente mais relevante no âmbito dos serviços de saneamento** (mesmo fora do âmbito estreito do art. 25, § 3º da Constituição). Em síntese, a Constituição deixou amplo espaço ao legislador federal, nas vestes de representante do interesse nacional (art. 21, XX), quanto a elementos cruciais da prestação dos serviços de distribuição de água potável e de esgotamento sanitário. E, ao fazer isso, oportunizou aos Estados que tivessem funções mais estratégicas e menos empresariais nessa indústria.

Como já afirmamos, somos da opinião de que os amplos espaços oferecidos pela Constituição ao legislador ordinário para uma reformulação jurídica radical dos serviços de saneamento ainda não foram totalmente explorados<sup>8</sup>. Mas há de se reconhecer que mudanças ocorreram a partir da Lei 11.445/2007 e, sobretudo, a partir da edição da Lei 14.026/2020. Por isso, o presente estudo ficará restrito ao exame das novidades trazidas pela Lei 14.026/2020, no que atine ao papel dos Estados da Federação e, mais especificamente, em dois âmbitos da chamada prestação *regionalizada*: aquela que se realiza por meio das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 3º, VI, alínea a da Lei 11.445/2007); e aquela se dá pela constituição das unidades regionais (art. 3º, VI, alínea b da Lei 11.445/2007). Mesmo tímidas, as aberturas da Lei 14.026/2020 em relação a este tema são consistentes o suficiente para que os Estados - se bem exercerem suas novas competências - possam passar a ser efetivos formuladores de *políticas públicas setoriais*, e para que, mais ainda, tornem-se os efetivos protagonistas dos esforços de universalização nos serviços de saneamento. Essa oportunidade traz, entretanto, um desafio embutido: fazer com que sejam claramente separadas as “duas faces” desses sujeitos, a

---

<sup>5</sup> “Art. 21. Compete à União: (...). XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; (...).”

<sup>6</sup> Gustavo Kaercher Loureiro e Eduardo Cunha da Costa, “Titularidade de Serviços Públicos na Constituição de 1988 - Possibilidades, Potencialidades e o Caso do Saneamento Básico”.

<sup>7</sup> Em particular, o art. 30, V, não exige que sejam eles de titularidade municipal. Na mesma direção aponta uma leitura cuidadosa da ADI 1.842 que, ao contrário do que comumente se entende, não imputou automaticamente a titularidade dos serviços de saneamento aos Municípios, cf. adiante.

<sup>8</sup> Por exemplo: não seria despropositado cogitar de serviços de água e esgoto de titularidade estadual, para além da restrita hipótese do art. 8º, II da Lei 11.445/2007 que decorre da estreita interpretação que a Lei 11.445/2007 deu ao conceito (constitucional) de interesse comum presente no art. 25, § 3º da Constituição (art. 3º, XIV da Lei do Saneamento). A limitação, ali encontrada, ao “efetivo compartilhamento” de instalações não é exigência da Constituição e sequer foi uma barreira imposta pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.842, como teremos ocasião de constatar.

de autênticos poderes políticos e a de empresários setoriais (em que muitas vezes aflora o viés pouco desejável de *rent seekers* ou de agente de corporativismos e patrimonialismos). Não raro, essas duas faces podem estar inclusive em conflito.

Antes, porém, de examinar as figuras da regionalização, convém esclarecer alguns conceitos fundamentais da Lei 11.445/2007, muitas vezes confundidos.

## **2. Titularidade de serviços públicos, dimensão de interesses públicos e modalidades de prestação de serviços públicos: conceitos distintos**

### **2.1 Introdução**

Sem dúvida, o diferencial dos serviços de saneamento em relação a outros serviços públicos<sup>1</sup> é o seu singular e intrincado arranjo federativo. Ele não parece ser fruto de racionalidade cuidadosamente construída, mas antes de combinação mais ou menos aleatória de fatores que misturam efetivas características empíricas da atividade com elementos históricos (o modo de organização original da atividade<sup>2</sup>), culturais (a natural resistência à atualização de concepções jurídicas), políticos e institucionais (a existência de arraigados moventes políticos e corporativos). Esse arranjo federativo é também o fator mais sensível e delicado aspecto de toda a disciplina setorial. E o mais complexo.

A chave para compreendê-lo e para bem lidar com ele, sob a perspectiva estritamente normativa, está na identificação de quatro conceitos jurídicos intimamente relacionados, mas distintos. Eles são pressupostos e utilizados pelas normas constitucionais e são também explicitamente operados pela Lei 11.445/2007. São eles: (i.) a noção de **titularidade de um serviço público**; (ii.) a noção de **pertinência de um interesse público**; (iii.) a noção de **alcance do interesse público** afetado ou realizado pelo serviço e, por fim (iv.) a **modalidade de prestação de um serviço público**.

De forma simplificada, podemos dizer o seguinte: a dimensão do interesse público (“local”, “regional”, “nacional”, “comum” etc.) determina a sua vinculação a determinado integrante da Federação (Município, Estado, União) ou a combinação deles. A pertinência do interesse, por sua vez, determina a titularidade do serviço público, que fica a cargo de um destes sujeitos (ou a uma composição deles). Já a modalidade da prestação do serviço público (se isolada, se integrada<sup>3</sup>) é

---

<sup>1</sup> Em nosso estudo antes indicado (nota de rodapé nº 6), procuramos mostrar esse caráter *sui generis* em face de outros serviços públicos disciplinados na Constituição, em particular, aqueles relativos às indústrias elétrica e de combustíveis fósseis.

<sup>2</sup> Assim como o saneamento, a indústria elétrica surgiu para o direito nos contratos municipais celebrados entre as companhias e as comunas. Com o passar do tempo, essa “soberania municipal” foi sendo mitigada e finalmente afastada, em favor de competências estaduais e federais. A evolução da federalização dos serviços e instalações de energia elétrica começou já na década de 30 do século passado (Código de Águas) e culminou com a Constituição de 1967. Sobre isso, v. KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, *A Indústria Elétrica e o Código de Águas – O Regime Jurídico das Empresas de Energia entre a Concession de Service Public e a Regulation of Public Utilities*, Porto Alegre: Fabris, 2007.

<sup>3</sup> Sob diferentes formas, cf. adiante.

decisão de organização territorial do serviço e está determinada por toda essa cadeia de relações. De modo esquemático: **[dimensão do interesse] → [pertinência do interesse] → [titularidade do serviço] → [modalidade de prestação]**.

Vamos ver essas quatro figuras de modo geral, para logo em seguida passarmos à aplicação delas no Marco do Saneamento.

## 2.2. Titularidade

Como deixamos assentado no estudo anterior já indicado<sup>4</sup>, entendemos por titularidade a competência que a Constituição ou a lei atribuem a um ente da Federação, para organizar, planejar, disciplinar e, sobretudo, prestar (direta ou indiretamente) uma atividade econômica que tenha sido reservada à esfera pública (também pela Constituição ou por leis). Essa operação anterior, constitucionalmente excepcional, de reserva, é chamada de *publicatio*, e tem como efeito mais vistoso tornar, via de regra, a atividade econômica reservada um *serviço público*<sup>5</sup>. A titularidade supõe a *publicatio*.

Normalmente, a titularidade é exclusiva e plena, isto é, vai atribuída a apenas um sujeito público e consiste num feixe de competências instrumentais ou derivadas bastante extenso que garante ao titular do serviço quase completa disposição sobre ele, em todos os seus aspectos (instituição, planejamento, organização, decisão pela prestação direta ou indireta, regulação, fiscalização etc<sup>6</sup>). Nem sempre, porém, a titularidade possui tais atributos. Na Constituição, encontramos diversos casos que fogem desse esquema (notável e sugestivo para o legislador ordinário do saneamento básico é o modo como a Constituição organizou a indústria dos combustíveis fósseis<sup>7</sup>). Como veremos, no caso dos serviços de saneamento, a titularidade nem sempre será exclusiva e, em qualquer hipótese, nunca será plena, mas limitada, por força do “condomínio de competências” instaurado pelo art. 23, IX da Constituição e pela competência privativa da União para editar diretrizes setoriais (art. 21, XX da Constituição).

Como quer que seja conformada a titularidade de um serviço público, a Constituição usa de duas técnicas para imputá-la a um ente da Federação.

---

<sup>4</sup>Gustavo Kaercher Loureiro e Eduardo Cunha da Costa, “*Publicatio e Titularidade de Serviços Públicos na Constituição de 1988 - Possibilidades, Potencialidades e o Caso do Saneamento Básico*”, cit.

<sup>5</sup>Essa é a formulação canônica. Para uma versão distinta, que se vale do conceito de atividade reservada no lugar do serviço público, v. KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, *Instituições de Direito da Energia Elétrica - Volume I*, São Paulo: Quartier Latin, 2020.

<sup>6</sup>Esse é o caso, por exemplo, dos serviços e instalações de energia elétrica, cf. art. 21, XII, b da Constituição, em face dos quais a União detém a exclusividade e a plenitude dos poderes.

<sup>7</sup>Para essa indústria, a Constituição teceu estrutura não trivial. Ela envolve não apenas uma coordenação federativa *sui generis*, mas, também, uma repartição da indústria entre fases públicas e privadas. Veja-se: (i.) nem toda a indústria foi objeto de *publicatio* (ficaram de fora a venda do combustível, cf. art. 238 da Constituição e mesmo o transporte de gás natural por outros meios que não por dutos; (ii.) o que foi objeto de *publicatio* foi repartido entre diferentes entes da Federação (União e Estados); (iii.) a competência estadual (art. 25, § 2º) se estabelece por meio de traço que tradicionalmente acionaria a competência municipal antes da estadual: o caráter local do serviço. Por fim, (iv.) mesmo com a existência de parcelas estaduais do serviço, é da União a competência privativa para legislar sobre “energia” (art. 22, inc. IV).

Por vezes, a atribui de modo direto e razoavelmente bem delimitado, como no caso dos serviços de energia elétrica (titularidade da União por força do art. 21, XII, b); de petróleo e gás natural (titularidade compartilhada, segundo a fase de que se trate, da União nos casos dos incs. I-V do art. 177; estadual no caso da distribuição local de gás canalizado, cf. art. 25, § 2º); de transporte rodoviário interestadual (titularidade da União, art. 21, XII, d); de serviços de telecomunicações (art. 21, XI) etc.

Em outras hipóteses, a imputação não é direta (na verdade, sequer existe), mas precisa ser mediada pelo legislador ordinário. Tal ocorre, por exemplo, quando a Constituição estabelece, sem indicar os casos, que os Municípios serão titulares dos “serviços públicos de interesse comum” (à exceção dos serviços de transportes urbanos, cf. art. 30, V). O mesmo se poderia dizer quanto aos serviços públicos estaduais, para além daquela específica e bem delineada hipótese estabelecida no art. 25, § 2º: o Estado será titular dos serviços públicos que disserem respeito ao seu “peculiar interesse” (para usar um termo empregado em Constituições anteriores<sup>8</sup>).

Em casos semelhantes, nos quais a Constituição não identifica precisamente o serviço de que se trata e, de consequência, não faz imputação específica de titularidade a este ou àquele sujeito público, a definição de quem será o responsável pela atividade precisa de uma decisão do legislador, vale dizer, não é automática. Essa decisão deve ser norteada pela determinação da pertinência e da dimensão de diferentes *interesses públicos* envolvidos na prestação do serviço.

### **2.3 Pertinência e dimensão do interesse público como critérios determinantes da titularidade do serviço**

Pode ser uma trivialidade, mas vale a pena enunciá-la. Reza a tradição que, quando não houver prévia definição constitucional, o titular do serviço público será aquele ente da Federação a quem corresponder o interesse público servido ou atingindo diretamente (ou em maior grau) pelo desempenho da tarefa. De modo simples, *a titularidade do interesse determina a titularidade do serviço*.

A pergunta imediata, que vem intuitiva, é: *como decidir quem é o titular do interesse?* Mais uma vez, a resposta está na Constituição: a titularidade (pertinência) do interesse é determinada pelo seu alcance ou *dimensão*. Usando a linguagem jurídica tradicional, configurará interesse público do Município aquele (interesse) que tiver caráter *local*; configurará interesse público da União aquele (interesse) que tiver caráter *nacional*<sup>9</sup>; e configurará interesse público do Estado aquele (interesse) que tiver caráter estadual. De conformidade se determina a titularidade. Esquemáticamente:

---

<sup>8</sup> Art. 8º da Constituição de 1937.

<sup>9</sup> A Constituição não tem uma expressão própria para designar o alcance do interesse que será deste sujeito; a expressão “regional” não é apta a essa função.

- [Interesse público local] → [interesse público pertinente ao Município] → [titularidade municipal do serviço].
- [Interesse público nacional] → [interesse público pertinente à União] → [titularidade federal do serviço].
- [Interesse público estadual] → [interesse público pertinente ao Estado] → [titularidade estadual do serviço].

Essas associações, por mais simples que possam parecer, escondem dificuldades e obscuridades.

A primeira delas está em que, ao lado dessas três classes, ainda haveria que se reconhecer a existência de interesses públicos de algum modo “combinados” ou “intermediários”. Alguns se situam entre a esfera municipal e aquela estadual (superam a dimensão *local*, mas ainda não preenchem os requisitos para assumirem dimensão *estadual*); e entre a esfera estadual e a nacional (transpõem o interesse de um Estado singular, mas não assumem uma dimensão que envolva toda a nação). A Constituição reconhece essas situações intermediárias e fala em “interesse comum” (art. 25, § 3º); em “gestão associada” (art. 241); e em “regiões” (art. 43). Essas categorias são especialmente importantes em matéria de saneamento básico, como constataremos mais à frente.

A segunda dificuldade afeta tanto as dimensões típicas quanto as intermediárias: a Constituição não se pronunciou acerca do que entende por *interesse local, nacional, estadual, comum, supra(inter)municipal, supra(inter)estadual* etc. Por outras palavras, esses conceitos que, sim, têm origem na Constituição, são, nela, plena e variamente indeterminados<sup>10</sup>. E são em grande número os critérios a partir dos quais se pode tentar suas determinações, sem que qualquer um deles tenha obtido unanimidade ou mesmo preponderância (como o demonstra a jurisprudência oscilante do Supremo Tribunal Federal em todas as áreas nas quais teve a Corte que decidir sobre conflitos de competência que fazem apelo a essas noções). Podem ser tomados como critérios o alcance das infraestruturas usadas, o universo dos sujeitos beneficiados pelo serviço, a existência de alguma externalidade (ambiental, econômica, social etc.) julgada relevante<sup>11</sup>; a viabilidade econômico-financeira deles ou mesmo uma combinação dessas características. Como veremos, o STF, na ADI 1.842, ofereceu algumas orientações para a construção dos conceitos de interesse local e interesse comum e o legislador do saneamento acolheu-as em parte - teve ele uma postura mais restritiva do que o próprio Supremo, para a configuração do interesse comum.

---

<sup>10</sup> São variamente indeterminados porque não estão estabelecidos critérios a partir dos quais se os poderia construir; não há acordo acerca de como construir cada critério porventura estabelecido para a construção deles; e, por fim, não há acordo acerca de qual critério porventura estabelecido deve ser usado. Essas tarefas, todas, cabem ao legislador que dela se desincumbe, normalmente, por meio de definições sobre o que se há de entender por “interesse local”, “interesse comum” etc. Exemplos dessa tentativa de construção dos conceitos encontram-se na Lei 11.445/2007 e 13.089/2015, cf. adiante.

<sup>11</sup> Mais uma vez se poderia invocar, para exame, o art. 25, § 2º da Constituição. Diz ele serem estaduais os serviços locais de gás canalizado, o que sugere que a dimensão do interesse local não é dada pelo alcance da infraestrutura ou pela localização dos beneficiários do serviço, mas por alguma outra característica que não está presente aqui.



Por fim, a terceira dificuldade está na decisão acerca de quem será o titular dos serviços em casos nos quais estejam em jogo interesses “intermediários”. Também aqui a ADI 1.842 fornece balizas, eis que o STF decidiu pelo caráter compartilhado ou condominial da titularidade. A Lei 11.445/2007 seguiu essa construção (ainda que não seja ela única solução possível, como procuramos mostrar no já mencionado estudo; nossa tradição constitucional conhece casos em que a ultrapassagem do interesse local transfere, *ipso facto*, a titularidade do serviço ao ente de maior abrangência<sup>12</sup>. O setor elétrico é, mais uma vez, o exemplo paradigmático).

Essas dificuldades relacionadas à pertinência e à dimensão do interesse não obscurecem a mais importante função que eles têm: são determinantes para imputação de titularidade, quando a Constituição é silente sobre o assunto. Diferentemente do que ocorre com outros setores, para o saneamento, a responsabilidade jurídica pelo serviço é mediada por construções e escolhas legislativas orientadas por essas noções.

## **2.4 Modalidade de prestação**

Finalmente, calha esclarecer o que entendemos por “modalidades de prestação”. Dito de maneira muito singela, a expressão indica a maneira de organizar territorialmente o planejamento, a regulação, a execução e a prestação dos serviços públicos. Na Constituição encontramos, *grosso modo*, duas modalidades de prestação: aquela “isolada” e aquela “integrada”. A primeira é a modalidade tradicional. A segunda - prevista, p.ex., nos arts. 25, § 3º; 241 e, talvez, art. 43 da Constituição - é caracterizada, fundamentalmente, pela *trans-territorialidade* na prestação dos serviços.

Com esses esclarecimentos, vamos agora adentrar no setor de saneamento.

## **3. Aplicação dos conceitos de titularidade, interesse e modalidade de prestação de serviços públicos na lei 11.445/2007 - Panorama**

### **3.1 Introdução**

A Lei 11.445/2007 valeu-se expressamente de todos os quatro conceitos que vimos acima: titularidade do serviço; pertinência do interesse público; alcance do interesse público; modalidade de prestação do serviço público. Para fins de maior simplicidade, podemos juntar as dimensões relativas ao interesse (pertinência/alcance) e falar, simplesmente, de “interesse”.

### **3.2 O arranjo titularidade/interesse/modalidade na Lei 11.445/2007**

Relativamente à titularidade, encontramos três hipóteses na Lei 11.445/2007. Foram instituídas:

---

<sup>12</sup> Sem, necessariamente, fazer-se apelo ao art. 25, § 3º da Constituição (adiante).

a.) a titularidade municipal (art. 8º, I<sup>13</sup>); b.) a titularidade condôminial Estado/Municípios (art. 8º, II<sup>14</sup>); e, por fim, c.) a titularidade condôminial Municípios/Municípios (art. 8º, § 1º<sup>15</sup>). Em qualquer um dos três casos, vale reiterar que a titularidade nunca é plena (cf. acima), ainda que seja exclusiva e realizada em regime de prestação (municipal) independente: a Constituição (arts. 23, IX e 21, XX), e, na sua esteira, a Lei 11.445/2007, deixaram isso bem claro.

Relativamente aos interesses, a Lei 11.445/2007 definiu expressamente apenas dois integrantes do universo mais amplo que antes indicamos. Falou de interesse local no art. 3º, XV<sup>16</sup> e de interesse comum no art. 3º, XIV<sup>17</sup> (nesse último caso foi incompleta e desnecessariamente restritiva).

No que atine às modalidades de prestação, a reformulação da Lei 11.445/2007 concebeu duas grandes classes, a segunda delas com diversas espécies e subespécies. De modo esquemático:

1. Modalidade de **prestação independente** (ou “isolada”, art. 8º, I).
2. Modalidade de **prestação integrada**<sup>18</sup>, dentro da qual se encontram as seguintes espécies:
  - 2.a.) Modalidade de **prestação integrada decorrente de adesão voluntária de prestadores independentes a preexistentes modalidades integradas por prestação regionalizada** (art. 8º-A<sup>19</sup>).
  - 2.b.) Modalidade de **prestação integrada por gestão associada** (art. 3º, inc. II<sup>20</sup>).
  - 2.c.) Modalidade de prestação integrada (por prestação) regionalizada ou, mais simplesmente, **regionalização**, na forma de:

---

<sup>13</sup> “Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; (...).”

<sup>14</sup> “Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico; (...); II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.”

<sup>15</sup> “Art. 8º (...). § 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal (...).”

<sup>16</sup> “Art. 3º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...); XV - serviços públicos de saneamento básico de interesse local: funções públicas e serviços cujas infraestruturas e instalações operacionais atendam a um único Município; (...).”

<sup>17</sup> “Art. 3º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...). serviços públicos de saneamento básico de interesse comum: serviços de saneamento básico prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios, denotando a necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais; (...).”

<sup>18</sup> Evitamos falar, para todo esse grupo, de “prestação regionalizada”, como correntemente se faz. Essa expressão, que na redação original da Lei 11.445/2007 tinha amplo alcance (art. 3º, VI), hoje, com as mudanças trazidas pela Lei 14.026/2020, ficou restrita às modalidades de prestação integrada indicadas nas alíneas a, b e c do inc. VI do art. 3º da Lei 11.445/2007.

<sup>19</sup> “Art. 8º-A. É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada.”

<sup>20</sup> “Art. 3º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se (...): II - gestão associada: associação voluntária entre entes federativos, por meio de consórcio público ou convênio de cooperação, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal; (...).”

- 2.c.1.) Região Metropolitana, Aglomeração Urbana ou Microrregião (art. 3º, VI, a<sup>21</sup>).
- 2.c.2.) Unidade Regional (art. 3º, VI, b<sup>22</sup>).
- 2.c.3.) Bloco Regional (art. 3º, VI, c<sup>23</sup>).
- 3.c.4.) Região Integrada de Desenvolvimento - RIDE (art. 3º, § 5º).

Assim como fizemos no plano mais geral, constitucional, vamos agora relacionar os três conceitos da forma proposta pela Lei 11.445/2007:

- **[Interesse local (art. 3º, XV)] → [titularidade municipal (art. 8º, I)] → [modalidade de prestação isolada (n. 1) ou aderida (n. 2.a.)].**
- **[Interesse comum (art. 3º, XIV)] → [titularidade condominial Estado/Municípios (art. 8º, II)] → [modalidade de prestação integrada por regionalização na forma de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião (art. 3º, VI, a cf. n. 2.c.1.)].**

Note o leitor que, numa interpretação literal de seus dispositivos, a Lei 11.445/2007 não faz expressamente essas associações em, ao menos, três situações importantes: (i.) no caso do art. 3º, II (n. 2.b); (ii.) no caso do art. 3º, VI, b (n. 2.c.2.) e (iii.) no caso do art. 3º, VI, c (n. 2.c.3.). Com efeito, na hipótese da modalidade de prestação integrada por gestão associada - em que a titularidade é condominial Municípios/Municípios (art. 8º, § 1º) - não há indicação de qual interesse (intermediário, por certo), está sendo servido ou atingido por essa modalidade<sup>24</sup>. Em segundo e terceiro lugares, também falha a cadeia de associações no caso das modalidades integradas por prestação regionalizada de tipo 2.c.2. (blocos regionais, art. 3º, VI, b) e 2.c.3. (unidades regionais, art. 3º, VI, c). Nesses dois últimos casos, a indeterminação é ainda maior do que se apresenta na modalidade integrada por gestão associada: não houve indicação expressa nem do tipo de

<sup>21</sup> Art. 3º Para os fins do disposto nesta lei, considera-se: VI - prestação regionalizada: 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, podendo ser estruturada em: a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole); (...)."

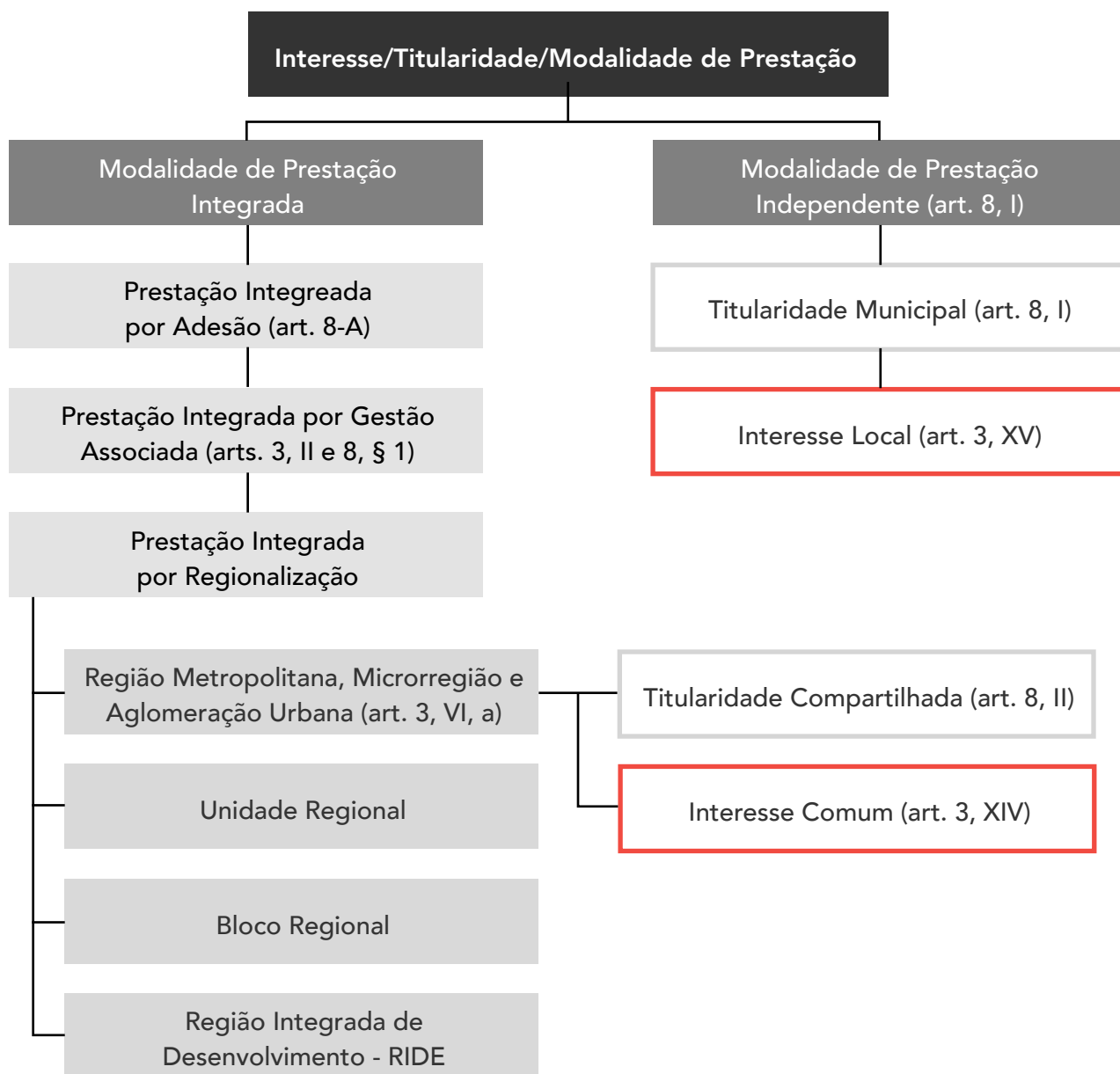
<sup>22</sup> "Art. 3º Para os fins do disposto nesta lei, considera-se: VI - prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em: (...). b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; (...)."

<sup>23</sup> "Art. 3º Para os fins do disposto nesta lei, considera-se: VI - prestação regionalizada: 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, podendo ser estruturada em: (...). c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares; (...)."

<sup>24</sup> Visto que o "interesse comum" foi bastante restritivamente concebido e foi ainda mais restritivamente aplicado, limitado que foi apenas à modalidade de prestação integrada por uma específica forma de prestação regionalizada, aquela de tipo 2.c.1., (art. 3º, VI, a) acima.

interesse atendido<sup>25</sup> nem, o que é mais problemático, da titularidade. Essas indeterminações (ou lacunas) não são apenas defeitos técnicos; elas cobram seu preço, como logo se verá, e exigem solução que prestigie o papel dos Estados na construção dessas figuras.

De modo gráfico, tem-se o seguinte sistema (que se atém apenas às indicações expressas da Lei 11.445/2007):



<sup>25</sup> Mais uma vez, reitere-se que o interesse comum, tal como definido no art. 3º, XIV, alcança apenas o tipo de prestação regionalizada indicado no n. 2.c.1.

<sup>26</sup> Não trataremos diretamente dos Blocos Regionais, de iniciativa da União (art. 3º, VI, c, n. 2.c.3., acima). Eles guardam semelhança estrutural com as Unidades Regionais e mesmo são seus sucedâneos, nos termos do art. 52, § 3º da Lei 11.445/2007 e art. 15 da Lei 14.026/2020.

## 4. Características da modalidade integrada por prestação regionalizada: o papel dos estados

### 4.1 Introdução

O esforço analítico feito até aqui permite enfrentar agora o tema central deste estudo com mais brevidade e simplicidade. Quais são as funções, quais são as competências dos Estados diante das possibilidades criadas pela Lei 11.445/2007, relativas à modalidade integrada por prestações regionalizadas dos serviços de saneamento básico de água e esgoto (ns. 2.c.1. e 2.c.2<sup>27</sup>, correspondentes às alíneas a e b do art. 3º, VI da Lei)?

Como dissemos na Introdução, esses arranjos ensejam protagonismo do Estado na proposição de políticas públicas setoriais, especialmente, no que atine à formação de áreas territoriais adequadas à prestação economicamente eficiente e tecnicamente adequada desses serviços, tudo em vista da realização do objetivo primordial da Lei 11.445/2007 que é a universalização (art. 2º, II; art. 11-B etc.).

### 4.2 Da modalidade integrada por prestação regionalizada na forma de região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião (art. 3º, VI, a)

Está-se, no caso do art. 3º, VI, a da Lei 11.445/2007, atuando, especificamente para os serviços públicos de saneamento<sup>28</sup>, o art. 25, § 3º da Constituição<sup>29</sup> - o que foi feito, diga-se *en passant*, de um modo excessivamente conservador<sup>30</sup>, dada a configuração bastante restrita do que seja interesse comum<sup>31</sup> fornecida pelo legislador federal.

Os requisitos de conformação dessa modalidade específica de regionalização provêm em parte do citado art. 25, § 3º e em parte da própria Lei 11.445/2007.

Provêm da Constituição as exigências de (i.) Lei Complementar como veículo normativo hábil para constituir essas unidades territoriais<sup>32 33</sup>, e de (ii.) contiguidade territorial entre os Municípios

---

<sup>27</sup> Não trataremos diretamente dos Blocos Regionais, de iniciativa da União (art. 3º, VI, c, n. 2.c.3., acima). Eles guardam semelhança estrutural com as Unidades Regionais e mesmo são seus sucedâneos, nos termos do art. 52, § 3º da Lei 11.445/2007 e art. 15 da Lei 14.026/2020.

<sup>28</sup> A disciplina geral do art. 25, § 3º deu-se pela Lei 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole).

<sup>29</sup> "Art. 25 (...). § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum."

<sup>30</sup> Ainda que, em tese, seja possível questionar no plano dogmático a decisão do STF que concebeu a titularidade como condominial nesses casos, a Lei, no plano da titularidade foi prudente e seguiu a orientação majoritária do STF na ADI 1.842.

<sup>31</sup> No que a Lei não seguiu a orientação majoritária do STF na mesma ADI, como se verá na sequência.

<sup>32</sup> Os requisitos para a edição de Lei Complementar foram estabelecidos no art. 5º da Lei 13.089/2015: "Art. 5º As leis complementares estaduais referidas nos arts. 3º e 4º desta Lei definirão, no mínimo: I – os Municípios que integram a unidade territorial urbana; II – os campos funcionais ou funções públicas de interesse comum que justificam a instituição da unidade territorial urbana; III – a conformação da estrutura de governança interfederativa, incluindo a organização administrativa e o sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas; e IV – os meios de controle social da organização, do planejamento e da execução de funções públicas de interesse comum."

<sup>33</sup> Algumas figuras previstas no art. 25, § 3º da Constituição foram definidas na Lei 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole). Assim a região metropolitana (art. 2º, VII) e aglomeração urbana (art. 2º, I). Deixou o Estatuto de definir a microrregião.

envolvidos. Também constitucional é (iii.) a exigência indeterminada, de que a iniciativa estadual seja direcionada a “integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”. Os dois primeiros requisitos são bem definidos; o terceiro, nem tanto.

É ele, justamente, o ponto crítico que traz algumas dificuldades que a Lei 11.445/2007 procurou endereçar. A principal é a de estabelecer o pressuposto fundamental que legitima o uso do art. 25, § 3º da Constituição e que justifica (“no mérito”, se diria), o emprego da lei complementar para agregar Municípios limítrofes: quando se têm configurada uma “função pública de interesse comum”? Voltamos aqui às reflexões que fizemos antes e que foram objeto de estudo já referido: vários são os critérios que poderiam ser utilizados pelo legislador ordinário federal para definir o que seja tal noção - definir este ponto parece ser uma típica função do legislador de “diretrizes”, cf. art. 21, XX da Constituição.

Na ADI 1.842, foram lançadas algumas balizas. De modo geral, ali se colhe que o interesse comum não é tipificado apenas quando os serviços ou funções forem efetivamente (fisicamente?) compartilhados entre distintos Municípios (limítrofes). Ele pode estar configurado mesmo em face de serviços restritos a um só município. Lê-se já na Ementa da ação referida que “[o] interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, **restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.**” (grifou-se). Em sentido semelhante, a Lei 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole) define “função pública de interesse comum” como “política pública ou ação nela inserida cuja **realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes.**” (grifou-se). Como se vê, tanto o STF quanto a Lei 13.089/2015 foram bastante abertos quanto à configuração de situações em que se verifica o tal interesse comum habilitante da criação de regiões metropolitanas. Até o critério da externalidade (muito relevante em tema de saneamento básico) poderia ter sido usado.

Por outro caminho, porém, andou a Lei 11.445/2007. Preferiu ela limitar a possibilidade de emprego das ferramentas do art. 25, § 3º, interpretando interesse comum como caracterizado pelo “compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios” (art. 3º, XIV) ou, com ainda mais ênfase, como dependente do “efetivo compartilhamento” de infraestruturas (art. 8º, II). Com esses esclarecimentos, nosso habitual esquema toma a seguinte configuração: **[interesse comum entendido como efetivo compartilhamento de instalações] → [titularidade condominal Estado/Municípios] → [modalidade de prestação integrada por região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião].**

Desde um ponto de vista constitucional, não haveria razão para uma construção tão restrita do que seja o interesse comum que legitima esta forma de regionalização<sup>34</sup>. Mas, visto que

---

<sup>34</sup> E, caso se desejasse ser mais ousado, sequer haveria necessidade ex constitutione de instituir a titularidade compartilhada. Esse ponto, porém, exigiria uma crítica fundada à decisão majoritária tomada na ADI 1.842.



assim ficou decidido pelo legislador, resta trabalhar com o material legislativo de forma a dar-lhe uma interpretação que explore o máximo possível as suas aberturas para a integração dos serviços de saneamento. Essa orientação hermenêutica é, inclusive, suportada pelas várias manifestações da Lei 11.445/2007 em favor das modalidades de prestação integrada dos serviços e, em particular, em favor da regionalização<sup>35</sup>.

Uma primeira forma de usar ao máximo as potencialidades da prestação integrada é admitir que os Estados, ao se valerem da forma específica de regionalização do art. 3º, VI, a, possam tomar de modo amplo o requisito do “compartilhamento de instalações operacionais” exigido pelos arts. 3º, XIV e 8º, II. Nessa direção, lançamos algumas sugestões que necessitam de maior aprofundamento: (i.) conceber pro futuro o compartilhamento, no sentido de que aspectos econômicos (ganhos de escala) e técnicos que desde já podem ser vislumbrados - mas que ainda não são existentes - justifiquem a formação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões; (ii.) conceber um “ piso numérico ” de compartilhamento, a partir do qual expandir a prestação regionalizada: a existência de uma integração “ mínima ”, isto é, de compartilhamento de infraestruturas em apenas 2 Municípios limítrofes, associada à projeção de ulteriores integrações em outras comunas (limítrofes), justifica a criação da prestação regionalizada em questão, envolvendo outros Municípios; (iii.) admitir que o compartilhamento que habilita a criação de regiões metropolitanas etc. possa ser verificado em qualquer uma das fases de que se compõem os serviços de água (distribuição, reservação de água bruta, captação de água bruta, tratamento de água bruta, adução de água tratada e reservação de água tratada, cf. arts. 3º, I, a e 3º-A) e esgoto (coleta, transporte, tratamento e disposição final, cf. arts. 3º, I, b e 3º-B). Por outras palavras, há que se ampliar o conceito de interesse comum que foi, pelo legislador, calcado na ideia de uso comum de infraestruturas. Se assim for feito, as ocasiões em que a titularidade condominial Estado/Municípios se apresentará serão mais numerosas, com o incremento da viabilidade econômica dos serviços e com a uniformização das práticas regulatórias de planejamento etc.

Uma segunda forma está em reiterar o caráter compulsório da participação dos Municípios nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por Lei Complementar estadual. Esse entendimento foi expressamente manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.842<sup>36</sup> e parece ter sido também adotado na Lei 11.445/2007<sup>37</sup>. Ou seja: ainda que a titularidade seja condominial (bem como seu exercício), a *decisão* acerca de quem

---

<sup>35</sup> Arts. 2º, XIV; 48, XI, XVII; 49, VII, XIV; 50, VII, dentre outros.

<sup>36</sup> Lê-se, novamente, em sua Ementa: “O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999).”

<sup>37</sup> A Lei 11.445/2007 em diversas ocasiões manifesta-se sobre a voluntariedade na adesão de Municípios a modalidades de prestação integrada, sempre em outras hipóteses que não aquela ora comentada. Para a modalidade n. 1, acima (art. 8º-A); para a modalidade de gestão associada, n. 2.a (arts. 3º, II; 8º, § 1º); para os blocos regionais, n. 2.c.3. (art. 3º, VII, c); para o caso específico de Região Integrada de Desenvolvimento - RIDE (art. 3º, § 5º).

será, necessariamente, dela integrante cabe aos Estados da Federação.

Uma terceira forma, enfim, envolve a adequada construção do “condomínio de titulares”. Mais uma vez, o STF fez preciosas contribuições a este tema, ao admitir participações diferenciadas de cada titular no condomínio, em base a características concretas da integração e à necessidade de que seja ela construída do modo mais condizente com a universalização dos serviços em bases economicamente sustentáveis.

Outras considerações poderiam ser feitas<sup>38</sup>, mas esse panorama serve para ilustrar que é possível, a partir dos instrumentos oferecidos pela Lei 11.445/2007, dotar os Estados da Federação de potentes meios de ultrapassar a fragmentação reinante no setor de saneamento (sem eliminar o influxo dos Municípios) e formular políticas públicas que manifestem uma visão sistêmica e coordenada das atividades de abastecimento de água e coleta/tratamento de esgoto. Essa visão sistêmica, por outro lado, em nada depende (juridicamente, bem entendido) da ação do Estado como empresário setorial.

#### **4.3 Da modalidade integrada por prestação regionalizada na forma de Unidade Regional (art. 3º, VI, b)**

A figura da modalidade integrada de prestação regionalizada por unidade regional (art. 3º, VI, b) é pura criação da Lei 14.046/2020 - em sua obra de modificação da Lei 11.445/2007. Não tem ela, como no caso anterior, explícito pedigree constitucional, e não foi ainda objeto de apreciação pela jurisdição constitucional, de modo que seus contornos são mais imprecisos. Isso não significa, porém, qualquer reproche jurídico, mas apenas mais incertezas e complexidade. Por outro lado, está-se diante de instrumento de ação estadual dotado de mais virtualidades do que o anterior, a depender do modo como for desenvolvido e atuado pela regulação, pelos sujeitos públicos envolvidos e pelos tribunais.

A dificuldade começa já no plano da articulação dos conceitos básicos com os quais organizamos a presente exposição. Atendo-se apenas aos elementos literais fornecidos pelos dispositivos diretamente relacionados ao tópico, a composição fica assim: **[interesse intermediário indeterminado] → [titularidade não expressamente definida] → [modalidade de prestação integrada na forma de unidade regional]**.

O primeiro passo para esboçar os contornos da figura é ter presente a sua finalidade. Este dado, sim, está disponível de forma clara: “atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos;” (art. 3º, VI, b, final). No art. 8º, § 2º, encontramos ainda informações úteis: “as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por

---

<sup>38</sup> A Unidade Regional como um centro de decisão para realização conjunta de ou mais de uma daquelas tarefas indicadas no dispositivo constitucional.

titulares dos serviços de saneamento.” Desses dispositivos depreende-se que as unidades regionais, espécies de prestação regionalizada, são instrumentos de que dispõem os Estados da Federação para propiciar escala e viabilidade econômica, com todos os corolários que decorrem: serviço adequado, eficiência alocativa, modicidade tarifária, maior aptidão para atendimento de metas etc.

De forma ainda mais concreta e imediata<sup>39</sup>, as unidades regionais foram criadas para endereçar o problema dos subsídios cruzados praticados (até o momento) pelas empresas estaduais nos territórios (economicamente diferentes) em que atuavam. Tendo sido vedada no futuro a celebração de novos contratos de programa, havia que se construir um mecanismo que permitisse a formação de concessões aptas a agregar Municípios com diferentes perfis de mercado, como garantia da universalização nas regiões menos atrativas.

Sua instituição não se dá por lei complementar, mas por lei ordinária estadual. Também à diferença do que ocorre no caso anterior de regionalização - e aspecto muito importante - não está a unidade regional limitada ao agrupamento de Municípios limítrofes e, menos ainda, encontra-se presa ao requisito do “efetivo compartilhamento” de infraestruturas. Como se constata, sua instituição é menos exigente em termos jurídicos e mais flexível em termos de pressupostos (o principal requisito de mérito dessa figura está no atendimento à finalidade que a Lei lhe deu).

Com esse instrumento mais ágil, os Estados da Federação possuem ampla margem de ação para formulação de políticas setoriais que atentem não para seus interesses empresariais, mas para a realização dos objetivos de viabilidade econômica e adequação técnica da prestação dos serviços de água e esgoto, sob o regime de concessões (e não mais sob o regime de contratos de programa com as estatais estaduais; daí porque é erro grave falar, indistintamente, de uma abstrata regionalização que sempre teria existido no setor de saneamento básico<sup>40</sup>).

Por outro lado, dificultam o emprego da figura algumas dúvidas relativas a pontos essenciais seus.

A primeira delas diz respeito ao caráter compulsório ou voluntário da participação dos Municípios. Que os Estados podem, por ato próprio e privativo, estabelecer essas unidades regionais, parece questão fora de dúvida. A Lei não condiciona a instituição delas a prévia manifestação juridicamente vinculante dos Municípios envolvidos. Mas, uma vez criadas, o que ocorre? Estão os Municípios obrigados a participar desses ajuntamentos? A resposta parece ser negativa. A tanto levam vários dispositivos da Lei 11.445/2007 e, de modo mais direto, o art. 2º,

---

<sup>39</sup> A presença de uma região metropolitana não é requisito de validade da instituição das unidades regionais, mas, apenas, uma recomendação do art. 8º, § 2º da Lei 11.445/2007.

<sup>40</sup> É certo que outras formas de “regionalização” existiram ao longo do tempo. Essa é, inclusive, a ideia que está por trás do sistema Planasa, que procurou ampliar o âmbito de atuação da empresa estadual. Mas constituiria grave erro de análise imaginar que todos os movimentos de agregação territorial sejam iguais sob a perspectiva jurídica. Muito antes pelo contrário: a “regionalização” antiga tinha viés preponderantemente empresarial; a atual, estratégico (e é tendencialmente contrária à permanência do Estado como executor da atividade por meio de suas empresas estaduais dotadas de contratos de programa).

§ 1º, II do Decreto 10.588/2020<sup>41</sup>.

Isto, por outro lado, não significa que o exercício do direito que cabe ao Município, de escolher participar ou não da unidade regional seja incondicionado e arbitrário. Nenhuma ação pública tem os atributos da pura e livre autonomia da vontade. Assim como a instituição da unidade regional pelo Estado deve estar lastreada em procedimentos adequados e razões de mérito fundadas (realização dos objetivos da Lei 11.445/2007<sup>42</sup>), a rejeição de participação, pelos Municípios, há de ter fundamento e não decorrer de mero oportunismo político e/ou puro e simples temor de “perda de controle” sobre a atividade. Formada a unidade regional - em favor da qual milita uma espécie de presunção de correção jurídica - a opção municipal há de demonstrar que, ao menos para o específico Município em questão, a solução encontrada pelo Estado não concorre para garantir uma prestação adequada dos serviços de saneamento sob o ponto de vista dos objetivos privilegiados pela. Vale dizer: em princípio, a decisão estadual vincula o Município, a menos que exista uma razão juridicamente fundada em contrário. E essa razão deve ser manifestada e justificada. No limite, há de demonstrar o Município que estará melhor servido em regime de prestação isolada - que, reitere-se, não é a modalidade de prestação favorecida pela Lei 11.445/2007.

Admitindo-se que assim seja, fica por decidir como será o arranjo da titularidade nesse caso. Este é a segunda dificuldade. Haverá um condomínio apenas entre os Municípios integrados na unidade regional ou será acionado o condomínio Estado/Municípios? Num exame superficial, a Lei parece inclinar-se para uma estrutura de titularidade (e governança) semelhante àquela da típica gestão associada Município/Município (n. 2.b., acima, ex vi art. 3º, II c/c art. 8º, § 1º).

Não convém, porém, dar a questão por decidida. Seria juridicamente possível entender-se - por analogia com o que fez o voto condutor da ADI 1.842/2007 para o caso da iniciativa estadual na criação de regiões metropolitanas - que a criação da unidade regional manifesta um interesse intermediário - análogo àquele interesse comum de que fala o art. 25, § 3º da Constituição. Tal interesse já não seria mais simplesmente a soma dos interesses individuais dos Municípios, visto que aqui, à diferença do que ocorre no caso da gestão associada (*stricto sensu*, se diria), a iniciativa de organização e agrupamento é privativa do Estado, o que justificaria que fosse ele tido como co-titular interessado na gestão do serviço<sup>43</sup>. Como quer que se resolva essa questão importante<sup>44</sup>, convém lembrar que, mesmo sendo a resposta pelo condomínio municipal, a titularidade, a par de já não ser exclusiva, nunca será plena, tendo em vista a competência ampla e indeterminada estabelecida pela Constituição aos três entes da Federação (art. 23, IX). Por aqui também se pode admitir poder de gestão aos Estados.

---

<sup>42</sup> Com as devidas adaptações, pode servir de inspiração para a elaboração da lei ordinária o que o art. 5º da Lei 13.089/2020 dispõe para a lei complementar no caso de regionalização que atue o art. 25, § 3º da Constituição.

<sup>43</sup> Numa versão mais “branda”, se poderia ter o Estado não como co-titular, mas como representante dos titulares, para fins de governança da unidade regional.

<sup>44</sup> Discussões judiciais envolvendo a regionalização: ADI 5.155 (Região Metropolitana de Salvador); ADI 6.339 (Microrregião); RE 539.253 (Região Metropolitana de São Paulo); ADI 4.028 (Lei da ARSESP); ADI 6.573 (Região Metropolitana de Maceió); Suspensão de Liminar (TJ/AL 0808151-90-2020.02.0000); Representação de Inconstitucionalidade no TJ/RJ da Lei Complementar 184/2018.

Um terceiro conjunto de dúvidas diz respeito às relações que podem existir entre as diferentes figuras de regionalização (e mesmo entre essas e a prestação integrada por gestão associada<sup>45</sup>). Em que medida são distintas, se integram, se sobrepõem ou se coordenam as unidades regionais e (sobretudo) as regiões metropolitanas? Não pretendemos oferecer uma resposta, mas chamar a atenção para alguns pontos desse delicado problema.

Essa questão já se apresentou mesmo antes do advento da Lei 14.026/2020<sup>46</sup>, mas ganhou novos contornos com ela. Na sua base, há uma questão econômica muito relevante e que atinge o propósito mais imediato da formação de unidades regionais: a sua viabilidade econômico-financeira. Entendem alguns estudiosos<sup>47</sup> que é crucial para garantir esse propósito que seja possível, de alguma maneira, integrar regiões metropolitanas a unidades regionais, sob pena de se tornarem figuras inúteis essas últimas. A premissa é de que seriam, justamente, as regiões metropolitanas as áreas capazes de sustentar, economicamente, outras regiões de um Estado, garantindo a realização dos subsídios cruzados que antes eram obtidos por meio da atuação “regionalizada” das companhias estaduais. Daí duas soluções extremas<sup>48</sup>: organizar como uma única unidade regional todo o Estado em torno de uma (única e indivisível) região metropolitana ou partir, fracionar a região metropolitana e para agregar tais frações em distintas unidades regionais. A Lei mesmo fornece indicações de desejar uma integração entre unidades regionais e regiões metropolitanas, mas não a exige<sup>49</sup>.

Conquanto seja plenamente compreensível a lógica que rege essa integração, e mesmo que seu itinerário de formação possa ser razoavelmente simples (criação, por lei complementar, de região metropolitana, com seu respectivo sistema de governança; criação, por lei ordinária, de unidade regional em que a região metropolitana é um dos seus elementos integrantes; adesão individualizada dos Municípios externos à região metropolitana e adesão da região metropolitana por meio de manifestação de vontade expressa pelo órgão competente), a junção de duas

---

<sup>45</sup> Sobre isso, veja-se o art. 2º, § 2º do Decreto 10.588/2020: “Os consórcios públicos para abastecimento de água e esgotamento sanitário existentes, na forma prevista na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, e a gestão associada decorrente de acordo de cooperação poderão ser reconhecidos como unidades regionais ou blocos de referência, desde que não abranjam Municípios integrantes de regiões metropolitanas e que não prejudiquem a viabilidade econômico-financeira da universalização e da regionalização da parcela residual de Municípios do Estado”.

<sup>46</sup> O processo de formação dos Blocos relativos às concessões dos serviços da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE) foi, talvez, o caso mais emblemático e complexo da coordenação entre regiões metropolitanas e outras formas de aglomeração de Municípios. Rigorosamente, a arquitetura utilizada ali não pode ser reconduzida a uma relação entre unidades regionais e regiões metropolitanas, não apenas porque a primeira figura ainda não existia como porque o processo de agrupamento não envolveu um preexistente conjunto de Municípios que tenha atuado in solidum. A solução encontrada ali tem mais semelhanças com o mecanismo previsto no art. 8º-A da Lei 11.445/2007.

<sup>47</sup> Sugestão de Maurício Portugal (...).

<sup>48</sup> Está-se caricaturando a situação; em boa parte dos Estados brasileiros há mais de uma região metropolitana. Mas o raciocínio do texto se aplica em qualquer caso.

<sup>49</sup> “Art. 8º (...). § 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento.” O art. 2º, § 6º do Decreto 10.588/2020 parece ter tornado essa presença mandatória. Entende-se, porém, que, numa interpretação caridosa, o máximo que se pode extrair do regulamento é que, para fins de liberação de recursos federais, tal presença será requerida.

realidades juridicamente tão diferentes gera várias dificuldades relativas à combinação de governanças, papel do Estado e dos Municípios, conjugação de titularidades etc. Em qualquer hipótese, essas dificuldades só mostram o quão essencial é a tarefa que cabe ao Estado.

#### **4.4 Considerações Finais**

Este artigo procurou oferecer uma espécie de *road map* conceitual para compreender os novos instrumentos de prestação de serviços de saneamento básico trazidos pela reforma na Lei 11.445/2007 provocada pela Lei 14.046/2020. E este *road map* pretendeu deixar às claras o novo papel que cabe aos Estados na formulação de políticas públicas setoriais.

É certo que, mesmo nesse contexto restrito, há muita incerteza e há espaço para muitos aprofundamentos. E, mais ainda, há espaço para ulteriores questões, relativas à efetiva atuação desses instrumentos. Deve-se investigar como implementar, nos diferentes cenários, o planejamento, a regulação, o financiamento e o fomento dessas atividades; como modelar as concessões; como configurar a governança sucessiva, a criação de pessoas jurídicas resultantes de co-titularidades etc. Ao debate.



# Regulação no saneamento: desafios na implementação e controle em uma federação desigual

---

Pedro Henrique Poli de Figueiredo<sup>1</sup>

## 1. Introdução

O Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil (Lei nº 14,026, de 15 de julho de 2020) foi saudado como um instrumento normativo capaz de alavancar o sistema de saneamento no Brasil, com o aprimoramento das estruturas, a maior participação da Agência Nacional de Águas - ANA e o estabelecimento de metas e prazos de universalização dos serviços de água e esgoto e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos. A finalidade normativa encontra na realidade de uma federação desigual o seu maior desafio, como se dispõe a enfrentar neste artigo.

## 2. O entendimento do serviço de saneamento como de interesse local

O primeiro grande problema que se apresenta é o de que, ao decidir no passado que a competência legislativa e material para o saneamento básico seria municipal, o Supremo Tribunal Federal acabou por colocar no colo dos entes locais uma atribuição para a qual poucos municípios brasileiros estão preparados. Embora a intenção aqui não seja propriamente de rediscutir uma matéria já consolidada no Excelso Pretório, a verdade é que ela está na raiz das dificuldades para o atendimento sistemático e racional de tudo o que envolve o saneamento básico e estimula algumas verdadeiras “gambiaras” normativas na tentativa de resolver uma série de problemas estruturais.

Se a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que as águas ou são federais, conforme art. 20, III<sup>2</sup>, ou estaduais, nos termos do art. 26, I<sup>3</sup>, não é crível que o serviço de saneamento seja entendido como estando na competência do município, que não tem a

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito, sócio da Área Regulatória de Souto Correa Advogados.

<sup>2</sup> Art. 20. São bens da União: III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

<sup>3</sup> Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

titularidade desse bem público cuja preservação e relevância está muito além do que se pode chamar de “interesse local”. Aliás, esse interesse local foi a razão de ser da atribuição da competência material e legislativa dos municípios sobre o saneamento, já que nenhum dos outros incisos do art. 30 traz, quer diretamente, quer remotamente, qualquer indicação de competência sobre este relevante serviço público<sup>4</sup>.

Ora, o conceito de saneamento é extremamente largo e abrange um conjunto de atividades que irão dizer respeito ao meio ambiente, tido, no art. 225 da Constituição, como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. No Novo Marco Legal, esta amplitude conceitual resta destacada e a demonstrar o quão distante está de um interesse local. Diz o art. 3º da Lei nº 11.445, de 2007, a partir da redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020:

**“Art. 3º** Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e

---

<sup>4</sup> Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (Vide ADPF 672)

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

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

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

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

Não se pode imaginar a partir desse conceito, que a política pública local de saneamento possa se sobrepor, sem levar em consideração o interesse nacional e o interesse regional. Parece-me que não há como se indicar, a partir disso, um predomínio do interesse local. Não tendo referência expressa de competência, parece que a Constituição estaria por indicar a competência legislativa e material estadual, que é a residual, ex vi do art. 25, § 1º<sup>5</sup> da Carta Republicana.

### **3. A necessária preparação dos municípios para o serviço de saneamento a partir dos vetos ao Marco Legal do Saneamento Básico**

Tendo, no entanto, sido outro o entendimento a que chegou o Supremo Tribunal Federal, haverá a necessidade de que os municípios criem estruturas e condições para as atividades administrativas de regulação do serviço, já que a prestação direta é algo muito longe do factível para a maioria dos municípios brasileiros. Não é demais lembrar que inúmeros municípios criados a partir da Constituição de 1988, impulsionados pela busca de recursos do Fundo de Participação dos Municípios, como demonstram estudos sobre desigualdade entre os entes municipais<sup>6</sup>, não tiveram a preocupação de criar estruturas relacionadas ao controle e regulação das atividades de saneamento, até porque a maioria acabava sendo atendida por entidades estaduais que estabeleciam, sem oposição, as regras de referência para o serviço.

Em artigo publicado em coautoria com Fabiana Figueiró, relativamente aos vetos apostos ao Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil, tive a oportunidade de destacar a necessidade de que o Congresso Nacional, ao apreciar os vetos, se preocupasse com a garantia da continuidade da prestação e estabelecesse prazo razoável para que os Municípios se estruturassem para o atendimento do serviço. Ali se sustentou:

Vale, ainda, tratar de dois vetos que dizem respeito aos chamados contratos de programa. Os vetos aos parágrafos 6º e 7º do artigo 14 têm justificativas jurídicas e econômicas. Do ponto de vista legal, pregam uniformidade jurídica no sistema de concessões e permissões de serviços públicos que estão disciplinados na

---

<sup>5</sup> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

<sup>6</sup> Neste sentido, o estudo publicado no site do IPEA: MAGALHÃES, João Carlos R. e RABELO, Raquel A. "Diferenças de Renda e Emprego e Desigualdade Entre os Municípios Brasileiros No Período de 1991 a 2000. IPEA, Brasília, 2006. Disponível [aqui](#). Acesso em 25.02.2021.

Lei Geral de Concessões – Lei 8787/95 – que tem sua fonte constitucional no art. 175 da Constituição da República. Essa uniformidade sistemática é indispensável para dar segurança jurídica aos investidores, em especial porque o próprio contrato de parceria público-privada a que se refere a Lei 11.079/2004 foi concebido sobre o regime de concessões, ainda que um dos modelos, o de concessão administrativa, que é mais propriamente uma prestação de serviço, tenha sido artificialmente jogado para dentro do conceito de concessão para que se pudesse valer das regras próprias da lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs). Mas é relevante referir que o veto traz conforto em relação aos possíveis modelos a serem utilizados nas licitações e contratos que disciplinarão as relações jurídicas entre o Poder Concedente, os concessionários e os usuários dos serviços de saneamento. Apesar disso, não está diretamente afastada a utilização de alguns modelos de contratação que hoje podem ser utilizados, como o da locação de ativos, desde que a regra do respectivo Poder Concedente dê abertura a esse tipo de contratação.

Já sob a ótica econômica, o veto foi adequado. Fazer a segregação da receita oriunda de tarifa e de outras fontes, em contratos de longa duração, demandaria a realização de cálculos intermináveis, que poderiam ter que ser resolvidos no Poder Judiciário, em morosos processos. Ademais, como se sabe, a tarifa é preço público, e como tal, leva em consideração todos os elementos de custo e de remuneração dos concessionários, mas também elementos jurídico-políticos que podem ter impacto no preço cobrado dos usuários do serviço público. Não faltam exemplos no modelo federativo brasileiro de entes concedentes que suspendem aumentos tarifários que seriam necessários por razões de ordem fática ou política. Se um reajuste não foi feito no momento estipulado contratualmente, isto já traz consequências em todo o contrato e nos cálculos futuros a serem levados em consideração.

Ainda do ponto de vista econômico, há já natural dificuldade na avaliação dos bens reversíveis, que são aqueles adquiridos pelos prestadores dos serviços e que reverterão ao poder concedente ao fim do contrato. Também aqui a possibilidade de intermináveis discussões acerca do valor desses bens, tornaria inviável a utilização desses parágrafos. A regra vedada contrastava com a realidade. Raríssimos municípios brasileiros teriam condições de assumir a prestação dos serviços. Deixar esse dispositivo, com tal grau de dificuldade jurídica de aplicação, só serviria para dar discurso político a quem não quer enfrentar os desafios que a realidade traz no âmbito do saneamento.

Também de grande impacto foi o veto no artigo 16<sup>7</sup>. O veto aqui traz uma enorme dificuldade para as empresas públicas e sociedades de economia mista estaduais, prestadoras do serviço público municipal de saneamento básico, que tinham a perspectiva de manter os seus contratos e atuar por mais trinta anos nos municípios em que prestam suas atividades, sem a necessidade de se submeter a procedimento licitatório. A justificativa do veto foi o excessivo tempo de prorrogação previsto na regra e a limitação à livre concorrência, que é fundamento para a concessão dos serviços de saneamento. A partir de agora, essas entidades da administração indireta estadual terão dificuldades em negociar com os municípios prazos e condições para a manutenção dos seus serviços. E, ainda que não tenha afirmado expressamente, o veto dá o adequado tratamento constitucional à obrigatoriedade de estarem essas entidades, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, em igualdade de condições com a iniciativa privada na prestação dos seus serviços, tendo em vista o caráter de excepcionalidade da exploração de atividade econômica direta pelo poder público e a regra expressa do art.173 e parágrafos, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Aliás, não é demais lembrar que a Lei 13.303, de 2016, que disciplinou as empresas públicas e sociedades de economia mista, destacou esse caráter de direito privado e fortaleceu os mecanismos de controle interno e de compliance para tentar diminuir a tentação de captura política dessas entidades. Nesse instrumento normativo, o necessário atendimento aos padrões de mercado está afirmado e o alinhamento com os normativos das sociedades comerciais impostos. A empresa pública e a sociedade de economia mista que não se modernizarem e não tiverem eficiência e competitividade, no âmbito do saneamento, provavelmente tenderão a ser privatizadas.

Da mesma forma, o veto traz conformidade à obrigatoriedade de licitação como condição para a delegação da prestação dos serviços públicos por concessão ou permissão, como estabelece o já citado artigo 175 da Lei Maior. A extensão do prazo por período tão longo, como previsto no projeto originário, inviabilizaria a concretização daquela regra tão importante para a execução por terceiros dos serviços públicos.

---

<sup>7</sup> Art. 16. Os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, assim consideradas aquelas em que tal prestação ocorra sem a assinatura, a qualquer tempo, de contrato de programa, ou cuja vigência esteja expirada, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovados mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art.10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual.

O veto, no entanto, não veio acompanhado de algum projeto que dê uma tranquila transição no sistema. Se 30 anos é muito tempo, tempo nenhum é fator de insegurança. A realidade da imensa maioria dos municípios brasileiros nos demonstra que eles não terão condições de rapidamente estabelecer editais que levem à realização de concessões comuns ou parcerias público-privadas para suceder o serviço realizado majoritariamente por contratos de programa. Até que modelos e estruturas nucleares de editais e contratos sejam editados qualitativa e quantitativamente pela Agência Nacional de Águas – ANA, de forma a ajudar municípios na adequação desses modelos a seus editais, levará um bom tempo, por melhor que possa vir a ser a atuação da agência nesse desiderato. Isto tudo sem que se descuide da adequação das regras de regência do sistema pelo Município, pela disciplina relacionada à forma como a regulação do serviço se dará, a preparação do Edital, a realização de audiências públicas e tantas outras providências que necessariamente deverão ser tomadas para que o serviço não seja objeto de captura pelo concessionário em desfavor do usuário. Assim, um projeto de lei que seja encaminhado estabelecendo um prazo razoável de manutenção dos contratos de programa, que viabilize uma transição segura, enquanto se preparam os editais e minutas de contratos das futuras concessões, seria uma medida que mitigaria a lacuna deixada pelo veto em relação aos municípios que menores condições estruturais possuem. Essa regra transitória poderia estabelecer prazos máximos realistas e punição aos que o descumprirem, para evitar que a norma se torne ineficaz<sup>8</sup>.

Recentemente o Congresso Nacional, ao apreciar os vetos, os manteve, de forma que resta ainda mais aumentada a necessidade dos municípios de se adequarem aos mandamentos da norma legal federal, sem a possibilidade de contar com os contratos de programa com empresas públicas e sociedade de economia mista estaduais, sem licitação, como meio de prestação.

#### **4. A auto-organização e as estruturas para o saneamento e para a indispensável regulação dos serviços**

Como decorre da própria noção de Federação, os entes federados, que possuem competências legislativas e materiais próprias e que são dotados do poder de auto-organização, estabelecerão as estruturas próprias para a execução e regulação dos serviços públicos. No caso do saneamento, resguardada a possibilidade de criação pelo Estado, de região metropolitana,

---

<sup>8</sup> FIGUEIRÓ, Fabiana, e Figueiredo, Pedro Henrique Poli de. É necessária uma definição sobre os vetos ao Novo Marco Legal do Saneamento. CONJUR, 2020. Disponível [aqui](#).



cuja participação pelo município será compulsória, à luz da interpretação dada pelo STF na ADI 1842, será do ente municipal a competência para todas as atividades que envolvem a regulação do serviço público, que envolve uma gama imensa de atividades e responsabilidades que impõem capacitação, investimentos e estruturas que estão muito distantes da imensa maioria dos municípios brasileiros<sup>9</sup>.

Não se descarta a possibilidade de que os municípios se organizem em consórcios públicos regionais próprios para os serviços de saneamento, o que lhes daria maior capacidade de investimento, força regulatória e possibilidades de contratação conjunta de terceiros que viessem a auxiliar no desempenho das atividades e na criação de agência reguladora independente capaz de dar segurança jurídica e olhar tecnicamente capacitado para as atividades de saneamento.

Em primeiro lugar, a concessão a ser realizada imporá adequado projeto para a modelagem a ser utilizada, quer mediante parceria público-privada, quer por concessão comum ou pela utilização de locação de ativos. Neste ponto, a contratação de empresa com expertise técnica para avaliar as condições locais e estabelecer um projeto bem estruturado para o modelo de terceirização desejado pode ser medida indispensável para que a delegação adequada seja feita. Nos dias atuais, muitos entes federados têm-se valido da expertise do BNDES para este efeito. A empresa pública federal, sendo contratada pelo município para estruturar o modelo, acaba por subcontratar especialistas que, sob sua supervisão, virão a estabelecer a modelagem de estruturação da concessão a ser realizada.

Outra preocupação é com o acompanhamento técnico e jurídico da contratação. Tempo usado na boa formulação dos editais e modelos de contratos a serem firmados não é tempo perdido. Uma boa contratação passa, necessariamente, por uma boa formulação dos instrumentos jurídicos que disciplinarão a escolha dos parceiros e os contratos que disciplinarão as relações entre as partes. Neste caso, ainda que o contratado venha a descumprir as obrigações contratuais, os contratos serão suficientemente seguros para dar caminhos de punição e substituição para a garantia da continuidade do serviço público.

Sem dúvida a regulação do serviço é o maior desafio. Para pequenos e médios municípios, a sugestão que se faz é que seja feito convênio com as agências estaduais de regulação. Normalmente multisetoriais, poderão em face das verbas do convênio ser dotadas de profissionais com capacidade e expertise técnica que viabilize a boa regulação tarifária e capacitada para a eventual necessidade de intervenção ou aplicação de sanções, como a de caducidade, por conta do não cumprimento das exigências legais, regulamentares ou contratuais. Claro que essa

---

<sup>9</sup> Aqui reporta-se ao conceito de regulação do serviço público concedido por nós dado, como sendo “a atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz de poderes que lhe tenham sido por lei atribuídos para a busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras de sua execução”. FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de, *A Regulação do Serviço Público Concedido*, Porto Alegre, Síntese, 1999.

forma de atuação não dispensará que o município tenha em seus quadros profissional que seja especialmente designado para a fiscalização do contrato, podendo, e aqui recomenda-se que se faça, contratar empresa que auxilie e dê suporte ao fiscal público nessa atividade.

## **5. Conclusão**

As dificuldades são gigantescas para os pequenos e médios municípios que integram esta federação desigual. Por isso, o uso mais racional possível, que permita o melhor aproveitamento dos recursos financeiros e humanos, de estruturas que possam auxiliá-los no enfrentamento dos desafios do saneamento é medida que se impõe, como forma de evitar a captura política ou econômica, dos entes municipais. A definição da forma de prestação, a inserção ou não em estruturas regionais, a escolha da forma mais adequada de prestação direta ou indireta e, principalmente, a escolha do melhor modelo regulatório possível, são definições que os municípios precisarão prever em suas leis e regulamentos para que as metas estabelecidas na nova lei possam ser alcançadas. Enfrentar esse desafio, é para já!

# Considerações acerca do natimorto REISB

---

André Gomes<sup>1</sup>  
Augusto Bercht<sup>2</sup>

## 1. Introdução

O Brasil é pródigo em benefícios e incentivos fiscais. O sistema tributário é tão abrangente e pesado que se faz necessário a utilização de mecanismos de alívio para que exista o desenvolvimento de determinados setores, sob pena de o investimento privado como um todo permanecer ao largo dessas atividades, caso o mercado relevante não comporte, por quaisquer razões, repasses de custos tributários.

O setor de saneamento básico não foge a tal lógica. Até hoje, o poder público é responsável diretamente pela quase totalidade da prestação do serviço no País. Pouco investimento privado foi percebido até hoje.

Em 2015, com o objetivo de estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos, foi proposto o Projeto de Lei do Senado nº 95, de 2015 (Projeto de Lei nº 2.290/15 na Câmara dos Deputados), que alterava a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (diretrizes nacionais para o saneamento básico), e pretendia criar o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico - REISB, , por meio da concessão de créditos relativos à contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS. O projeto de Lei assim previa:

Art. 54-A. Fica instituído o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico - REISB, com o objetivo de estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos por meio da concessão de créditos tributários.

Parágrafo único. A vigência do Reisb se estenderá até o ano de 2026."

Art. 54-B. É beneficiária do Reisb a pessoa jurídica que realize investimentos voltados para a sustentabilidade e para a eficiência dos sistemas de saneamento básico e em acordo com o Plano Nacional de Saneamento Básico.

---

<sup>1</sup> André Gomes: Sócio da área de Direito Tributário do Souto Correa.

<sup>2</sup> Augusto Bercht: Sócio da área de Direito Tributário do Souto Correa, mestrando em direito (Universidade de Gênova) (Master In Global Rule of Law And Constitutional Democracy).

§ 1º Para efeitos do disposto no caput, ficam definidos como investimentos em sustentabilidade e em eficiência dos sistemas de saneamento básico aqueles que atendam:

I - ao alcance das metas de universalização do abastecimento de água para consumo humano e da coleta e tratamento de esgoto;

II - à preservação de áreas de mananciais e de unidades de conservação necessárias à proteção das condições naturais e de produção de água;

III - à redução de perdas de água e à ampliação da eficiência dos sistemas de abastecimento de água para consumo humano e dos sistemas de coleta e tratamento de esgoto;

IV - à inovação tecnológica.

§ 2º Somente serão beneficiados pelo Reib projetos cujo enquadramento às condições definidas no caput seja atestado pela Administração da pessoa jurídica beneficiária nas demonstrações financeiras dos períodos em que se apurarem ou se utilizarem os créditos.

§ 3º Não se poderão beneficiar do Reib as pessoas jurídicas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e as pessoas jurídicas de que tratam o inciso II do art. 8º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e o inciso II do art. 10 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

§ 4º A adesão ao Reib é condicionada à regularidade fiscal da pessoa jurídica em relação aos impostos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil."

Art. 54-C. Sem prejuízo do incentivo de que trata o art. 4º da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, a pessoa jurídica beneficiária do Reib que realizar investimento enquadrado nas hipóteses do § 1º do art. 54-B, com recursos próprios ou onerosos, poderá descontar do valor apurado a título de contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS créditos apurados nos termos deste artigo.

§ 1º Os créditos referidos no caput serão equivalentes à diferença entre os investimentos em saneamento básico realizados no exercício e o valor médio anual de investimentos da pessoa jurídica em saneamento básico no período de 2005 a 2014, sendo este último corrigido anualmente pela variação do Índice Nacional de Custo da Construção - INCC tendo por base o mês de dezembro de 2015.

§ 2º O valor do crédito apurado não poderá ser superior ao menor dos seguintes limites:

I - o valor apurado de acordo com o § 1º;

II - o valor que seria devido no ano-calendário pela pessoa jurídica a título de contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins; ou

III - o valor total dos investimentos que atendam ao disposto no § 1º do art. 54-B.

§ 3º O valor dos créditos apurados de acordo com este artigo não constitui receita bruta da pessoa jurídica, servindo somente para desconto do valor apurado a título de contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

§ 4º Aos créditos de que trata este artigo não se aplicam as disposições do § 3º do art. 9º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995

Resumidamente, o benefício fiscal aqui concedido eliminaria total ou parcialmente o desembolso das pessoas jurídicas privadas com as contribuições de PIS e COFINS que agora seriam incidentes sobre os valores cobrados em razão da prestação do serviço de saneamento básico com base em um crédito escritural gerado de acordo com o incremento de investimentos efetuados para a prestação do serviço.

Importante notar que, atualmente, a maioria dos casos de prestação de serviço de saneamento básico é efetuado diretamente pelo poder público (via departamentos municipais ou autarquias), não sendo os valores cobrados sujeitos à COFINS, devidas apenas por pessoas jurídicas de direito privado (eg. Lei n. 10.833/2003, art 10, inciso V cc Lei n. 9.718/1998, art. 2º, caput), havendo para o PIS/PASEP tratamento específico e de baixa carga fiscal (Lei n. 9.715/1998). Nesse sentido, a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara de Deputados, ao analisar o projeto de lei que redundou na Lei nº 13.329/2016 foi categórica ao afirmar a “...não implicação da matéria em aumento ou diminuição da receita ou da despesa públicas, não cabendo pronunciamento quanto à adequação financeira e orçamentária do Projeto de Lei nº 2.290/2015”.

De qualquer sorte, o artigo 54-C foi vetado pelo presidente da república, sendo sancionados apenas os artigos 54-A e 54-B. De acordo com a mensagem presidencial n. 443, [o] dispositivo redundaria em renúncia de receita tributária, sem atentar para as condicionantes do artigo 14 da Lei Complementar nº 101, de 2000 (LRF). Além disso, compromete o esforço fiscal, contribui para o baixo dinamismo da arrecadação tributária, contraria as diretrizes de simplificação da tributação de PIS e Cofins e aumenta a ineficiência econômica, face à alteração de preços relativos. Por fim, o dispositivo também viola o artigo 114, § 4º, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que estabelece o prazo máximo de cinco anos para eventual renúncia de receita.

Dessa forma, restou formalmente criado o benefício fiscal, por meio de créditos tributários (artigo 54-A), foram definidos os sujeitos passíveis de receber tal benefício (artigo 54-B): as pessoas jurídicas que realizem investimentos na área de saneamento a que o define, sem, entretanto, definir os contornos jurídicos para sua efetiva operacionalização.

Quais são os efeitos jurídicos de se haver instituído legalmente um regime de exceção por meio da concessão de crédito tributário, sem a definição legal de como efetuar a apuração desse crédito tributário?

É o que se passa a demonstrar.

## **2. O dispositivo vetado e o ordenamento jurídico**

Qualquer análise a respeito do dispositivo vetado da Lei nº 13.329/2016 deve partir da certeza de que o efeito do veto é impedir que o dispositivo constante do texto legislativo se torne uma norma jurídica cogente, a não ser que o referido veto fosse derrubado pelo Congresso Nacional nos termos do artigo 66, §4º da Constituição Federal.

Porém, há muito já se assentou que as normas jurídicas são construídas, muitas vezes, a partir da interpretação de diversos dispositivos<sup>3</sup>. No caso da Lei nº 13.329/2016, pode-se presumir com certa plausibilidade que a norma que se visava construir era uma norma concessiva de benefício fiscal para pessoas jurídicas que realizassem investimentos na área do saneamento.

Para tanto, se criou programa no âmbito do qual seria concedido o benefício fiscal (Reisb), se definiu quais pessoas jurídicas poderiam gozar do referido benefício, se especificou os projetos e – além disso – se deu os contornos de como funcionaria o benefício fiscal, sobre quais tributos ele incidiria e como ele seria calculado. Todos os dispositivos que previam tais elementos eram essenciais para a construção da norma concessiva do benefício.

Ainda que se possa vislumbrar que a partir dos dispositivos remanescentes (artigos 54-A e 54-B) possam ser formuladas outras normas jurídicas, quaisquer sejam os seus alcances e efeitos, fato é que a norma originalmente vislumbrada pelo legislador não pode ser tida como existente.

Assim sendo, de que vale o dispositivo vetado? No caso em questão, dois pontos merecem destaque: a proteção da confiança das pessoas jurídicas que buscavam realizar investimentos no setor de Saneamento e o material interpretativo que o dispositivo vetado proporciona.

### **2.1. A proteção da Confiança**

Em relação à confiança das pessoas jurídicas que, diante das mudanças promovidas pela Lei nº 13.329/2016 se organizaram para realizarem investimentos, apenas para serem surpreendidas pelo veto presidencial, algumas condições são importantes de serem definidas. Isso pois a proteção da confiança tem elementos essenciais para que se possa dizer frustrada.

Para a aplicação do Princípio da Proteção da Confiança, corolário do Princípio da Segurança Jurídica, devem estar presentes: a) uma base de confiança; b) a confiança; c) o exercício da confiança por meio de condutas concretas; e d) a frustração da confiança pelo Poder Público<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> CHIASSONI, Pierluigi, Técnica da Interpretação Jurídica, Porto Alegre: Revista dos T. ribunais, 2020.

<sup>4</sup>Para tais definições e as que seguem, vide ÁVILA, Humberto, Teoria da Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011



A base de confiança corresponde à manifestação do Poder Público capaz de gerar confiança no indivíduo, correspondendo à conduta ou norma estatal em que o indivíduo baseou sua conduta. Ela pode ser geral e abstrata, como uma lei ou um regulamento; ou individual e concreta, como uma decisão judicial ou um ato administrativo.

Além disso, para que exista proteção de confiança, é necessário que o indivíduo haja confiado na base de confiança e que o indivíduo haja confiado na manutenção da manifestação estatal que constituiu a base de confiança.

E, ademais, para que se verifique proteção da confiança deve haver o exercício da confiança, que a confiança haja sido colocada em prática pelo indivíduo, mediante a prática de alguma conduta concreta.

Por fim, para que o Princípio da Proteção da Confiança possa ser considerado como violado, é necessário que haja frustração da confiança. É necessário que o indivíduo veja a confiança, que exerceu com fundamento em determinada base de confiança, frustrada pela alteração dessa base de confiança.

Pois bem, qualquer análise dos efeitos do veto presidencial na confiança das pessoas jurídicas que visavam a realizar investimentos na área de saneamento por meio do Reisb depende da conjugação dos elementos acima descritos.

Todas elas detinham uma base de confiança válida, qual seja o texto original da Lei nº 13.329/2016, enviado para sanção presidencial. E ainda que tal texto não fosse ainda norma cogente, uma vez que ainda não fora sancionado, ele ainda assim era merecedor de confiança, posto que a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara de Deputados afirmou que o projeto não resultaria nem no aumento ou redução de despesas do erário público. Isso é: justamente as razões que levaram o poder executivo a vetar o artigo 54-C da referida lei foram analisadas no âmbito do projeto legislativo. As pessoas jurídicas beneficiadas pelo Reisb poderiam esperar vetos motivados por quaisquer razões, exceto pelas que foram utilizadas.

A confiança depositada pelas pessoas jurídicas e o efetivo exercício de tal confiança é situação cuja análise parte, necessariamente, por uma análise de cada situação fática. A brevidade do espaço de tempo ocorrido entre a aprovação do texto no Congresso Nacional e o veto presidencial (pouco mais de 15 dias), limita, mas não impossibilita que situações como essa tenham ocorrido.

Em conclusão, não se diz que o veto presidencial, por si só, tenha frustrado a confiança que as pessoas jurídicas que pretendiam realizar investimentos na área de saneamento tenham depositado no texto da Lei nº 13.329/2016 aprovado pelo Congresso Nacional. O veto é instrumento constitucional integrante do projeto legislativo e é certo que só se pode considerar um texto aprovado pelo Congresso Nacional como norma cogente após a sanção presidencial.

No caso concreto, são as razões do veto, relativas à política fiscal e regulamentação de finanças públicas, que frustram a confiança do contribuinte, pois essas razões foram analisadas na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara, como já visto acima, o que permitiu que o contribuinte confiasse que, por tais razões, não haveria veto.

Embora o texto aprovado pelo Congresso Nacional fosse apto, de um ponto de vista teórico, a gerar confiança e as razões do veto presidencial tenham, de certo modo, frustrado tal confiança, o efetivo valor que a proteção da confiança adquire deve ser medida caso a caso, levando em consideração as circunstâncias fáticas envolvidas. Isso é: pessoas jurídicas chegaram, de fato, a dispor da sua propriedade para investir em projetos de saneamento? Tais investimentos foram irreversíveis?

## 2.2. O valor interpretativo do dispositivo vetado e a racionalidade legislativa

Ainda que o veto presidencial tenha excluído do texto da Lei nº 13.329/2016, o artigo 54-C e a regulamentação do benefício fiscal por meio de concessão de créditos de referentes às contribuições ao PIS/Pasep e da COFINS, e, como visto, tal dispositivo não tenha se tornado parte do ordenamento jurídico, ainda assim ele serve como um importante fator para interpretar os objetivos que a Lei nº 13.329/2016 buscava promover e a escolha do legislador à época de que forma tais objetivos deveriam ser promovidos.

Trata-se, de fato, de utilizar a totalidade da Lei nº 13.329/2016, aí incluído o dispositivo revogado, como elemento para uma interpretação teleológica (ou objetiva) e genética (ou subjetiva) da lei.

Leis e atos normativos em geral não são (ou ao menos não deveriam ser) instrumentos que buscam regular situações arbitrariamente ou ao acaso, pelo contrário, a legislação deve ser editada de uma maneira racional, buscando regular determinada situação dentro de um contexto de fins e meios<sup>6 7</sup>.

A interpretação teleológica, portanto, busca interpretar determinado dispositivo a partir dos elementos objetivos (e racionais) que definem os fins que se buscava promover com a edição do diploma legal, a interpretação não se dá a partir dos elementos histórico-genéticos (que serão abaixo analisados), mas sim a partir de um ponto de vista fundado nos efeitos objetivos da lei no ordenamento jurídico.

E em relação aos objetivos que o Reisb pretendia alcançar não pode haver dúvidas, uma vez que eles foram claramente elencados no artigo 54-A incluído pela Lei nº 13.329/2016 na Lei nº 11.445/2007: “Art. 54-A. Fica instituído o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico - REISB, com o **objetivo de estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos por meio da concessão de créditos tributários**”.

---

<sup>5</sup> BYDLINSKI, Franz, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 3. Ed. Viena: Facultas, 2018, p. 35 e ss

<sup>6</sup> Idem, p. 44

<sup>7</sup> Não se desconhece que Princípios são normas que definem um estado de coisas ideal a ser promovido sem determinar os exatos meios pelos quais se buscará promover tal situação. No presente caso, entretanto, o Reisb não é uma norma-Princípio, mas sim regra concessiva de benefício fiscal, de modo que a análise abaixo não leva em consideração a situação específica das normas-princípios.

Especificamente, a Lei nº 13.329/2016 objetiva a estimulação do acréscimo de investimentos por parte da pessoa jurídica. Não obstante seus fins sejam claramente definidos, o veto presidencial do artigo 54-C retirou da lei os meios elegidos para alcançar tal fim, quebrando a relação racional de fins e meios que a lei buscava instaurar.

Como visto acima, o veto do artigo 54-C prejudicou a própria estrutura normativa da Lei nº 13.329/2016, impedindo a reconstrução de uma norma que, efetivamente, incentive as pessoas jurídicas que prestam serviços públicos de investimentos em saneamento.

E não só uma interpretação objetiva da Lei nº 13.329/2016 permite perceber, com clareza, o fim elegido e os meios pretendidos para alcançar tal fim, como também uma análise histórica do procedimento legislativo que levou à criação da Lei nº 13.329/2016 e da vontade expressa pelos parlamentares em tal procedimento.

Esse tipo de interpretação de leis, a chamada interpretação genética (ou subjetiva ou histórica), busca reconstruir dos dispositivos legais uma norma por meio da análise da vontade subjetiva do legislador histórico, expressa nos trabalhos parlamentares e outras fontes que foram utilizados no preparo da lei, especialmente relevantes para se reconstruir os objetivos que o legislador visava a alcançar com a edição da lei<sup>8</sup>.

A justificativa do Senador José Serra que acompanha o Projeto de Lei nº 95/2015 do Senado Federal é rica em dados que justificam a necessidade de maiores investimentos no setor de saneamento, que levam em consideração tanto as deficiências da área no Brasil, com pouca abrangência e eficiência do serviço, o montante relevante de investimentos necessários para aprimorar o sistema e os efeitos benéficos que tais investimentos teriam inclusive para a saúde pública.

Da mesma forma, a justificativa também apresenta razões para eleição da concessão de benefícios fiscais como meio para se promover o incremento dos investimentos por pessoas jurídicas na área de saneamento, considerando, inclusive, a alta carga tributária a qual tais empresas estão submetidas. A justificativa aponta, especificamente, que as empresas privadas do setor estão, em grande parte, submetidas à apuração das contribuições ao PIS/Pasep e da COFINS no regime não-cumulativo, porém, por conta da curta cadeia econômica do setor e pelo fato de que seu principal insumo (água), não é adquirida de fornecedores, mas sim outorgada, têm relativamente poucos créditos.

A concessão de benefício fiscal como elemento para promoção do fim ao qual a lei visava e, especificamente, a concessão de benefício fiscal relativo às contribuições ao PIS/Pasep e da COFINS não foi feita de forma aleatório ou imponderada. Pelo contrário, buscou atuar sobre características específicas do setor, de modo a se promover um meio mais adequado para alcançar seus fins.

O que se percebe, então, é que tanto uma análise objetiva quanto uma análise genética dos fins que a Lei nº 13.329/2016 buscava promover levam, com clareza, à realização que seus

---

<sup>8</sup> LARENZ, Karl, CANARIS, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.ed, Berlim: Springer, 1995, p. 149-150.

fins eram claramente determinados (e intencionados pelo legislador), qual seja o incremento dos investimentos realizados por pessoas jurídicas que atuam na área do saneamento, e o meio escolhido para tanto, qual seja, a concessão de benefício fiscal em relação às contribuições ao PIS/Pasep e da COFINS, foi cuidadosamente escolhido pelo legislador, após consideração da situação específica do setor e, objetivamente, era apta a promover o fim que a lei se propunha.

O veto presidencial ao artigo 54-C, no entanto, desestruturou a relação estabelecida entre fins meios na Lei nº 13.329/2016 a qual, atualmente, apesar de apresentar com clareza seus fins, que estão em consonância com o que o legislador buscava promover, não possui qualquer dispositivo capaz de agir como meio adequado para promover tal fim.

Trata-se de lei, atualmente, ineficaz, cuja consequência no ordenamento, se possui alguma, é diminuta. Como visto, dos dispositivos que remanescem na lei, não se pode reconstruir uma norma que atenda aos fins da lei e à vontade do legislador histórico.

Ocorre que ainda que a lei, em seu estado atual, não esteja promovendo seu fim, tal situação não apenas pode, como também deve ser revista.

Acima foi dito que a legislação é (ou deveria ser) uma atividade racional. O legislador deve atuar para que a legislação seja o mais racionalmente justificado o possível e, com esse intuito, deve observar deveres inerentes a sua atividade<sup>9</sup>. Entre tais deveres constam os deveres de Retrospecção e de Correção.

O dever de Retrospecção exige de um legislador racional que ele revise, após transcorrido certo tempo, a legislação editada e verifique se ela está atingindo o fim ao qual visava atingir. Isso pois para ser considerada como racionalmente justificada, a legislação editada deve ser capaz de atingir os efeitos que o legislador buscava obter<sup>10</sup>, caso não atinja tais efeitos, deve se considerar que os meios escolhidos para atingir os fins almejados.

O dever de Correção, por si, exige que o legislador altere ou remova leis que, ou por deficiências do processo legislativo, ou por fatores externos ou temporais, não possam mais ser racionalmente justificadas em seus fins ou em seus meios. Isso envolve, em uma situação ideal, que o legislador revise suas normas e verifique incongruências, corrigindo-as ou extinguindo-as<sup>11</sup>.

No caso em tela, como já ressaltado, o Reisb, da forma com que atualmente vige, é incapaz de promover os fins que buscava, uma vez que não há qualquer benefício atrelado ao incremento dos investimentos na área de saneamento. Ainda que entre a edição da Lei nº 13.329/2016 e o atual momento possa ter havido incrementos em tais investimentos, é seguro afirmar que o Reisb, mutilado como está não foi responsável por esse incremento.

Por outro lado, em 2020 foi editada a Lei nº 14.026, a qual alterou o Marco legal do Saneamento, visando, declaradamente aprimorar as condições estruturais do saneamento básico

---

<sup>9</sup> WINTGENS, Luc J., *Legisprudence: practical reason in legislation*. Aldershot: Ashgate, 2012. 283 e ss.

<sup>10</sup> *Idem*, *ibidem*

<sup>11</sup> *Idem*, *ibidem*

no País e elegendo como uma das formas para tanto o sistema de concessões e parcerias público-privadas. Parece-nos que os fins que a Lei nº 14.026/2020 visa a atingir são harmônicos com o Reisb, de modo que não são os fins do Reisb que devem ser revistos, mas seus meios.

Se é verdade a afirmação de que as leis vigentes devam ser racionalmente justificadas, então a continuidade de uma lei que cria um programa visando a promover um estado específico de fins, sem, no entanto, dispor dos meios que dariam efetividade ao programa não pode ser considerada como tendo uma justificação racional suficiente.

É dever do legislador brasileiro, portanto, rever o Reisb, restaurando ou repensando o benefício fiscal que o artigo 54-C originalmente pretendia, o qual foi considerado pelo legislador histórico, após devida ponderação, como o meio apto a promover os objetivos do programa.

### **3. Conclusão**

Como visto, o Reisb foi inicialmente desenhado como programa para incremento dos investimentos de pessoas jurídicas prestadora de serviços públicos de saneamento básico por meio de concessão de benefício fiscal relativo às Contribuições ao PIS/Pasep e da COFINS.

Tal norma foi desenhada pelo legislador diante da necessidade premente de investimentos no referido setor e da particularidade tributária das empresas que nele atuam, especificamente em relação às contribuições mencionados. O veto presidencial ao artigo 54-C, no entanto, desfigurou o desenho do legislador, criando programa com fins claramente definidos e sem qualquer meio para atingi-los.

Ainda que os dispositivos atualmente vigentes do Reisb gerem pouco ou nenhum feito no ordenamento jurídico, o veto do artigo 54-C não é desprovido de efeitos, seja eles em relação à Proteção da Confiança das pessoas jurídicas que poderiam se beneficiar do Reisb, seja como elemento interpretativo da norma que o legislador buscou criar a partir dos dispositivos que formavam o texto original.

Contrastando as consequências jurídicas do texto atualmente vigente da Lei nº 13.329/2016 com os efeitos que decorrem do texto originalmente aprovado pelo legislador, contendo norma concessiva de benefício fiscal, fica claro que o texto atual não é apto a promover o fim que a norma objetivamente elenca e que o legislador histórico buscou atingir,

Faz-se necessário, então, a revisão da Lei nº 13.329/2016, de modo que seja restaurado o conteúdo normativo originalmente previsto, de modo que a norma promova com eficiência o seu fim, ainda mais justificado, hoje em dia, considerando sua harmonia com os fins trazidos pela Lei nº 14.026/2020.

# O ICMS sobre a energia elétrica consumida na atividade de saneamento – seletividade pela essencialidade

---

Fernando Gomes de Souza Ayres<sup>1</sup>  
Augusto Bercht<sup>2</sup>

## 1. Introdução

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), por óbvio, tem impacto em todas as operações envolvendo mercadorias e determinados serviços (transporte intermunicipais e interestaduais e comunicações).

E tem como uma de suas características a busca pela neutralidade, utilizando alguns instrumentos como a não cumulatividade e a chamada seletividade, de acordo com a essencialidade do produto ou serviço tributado. Seletividade expressamente prevista no artigo 155, §2º, inciso III da Constituição Federal.

Nessa linha, produtos e serviços considerados essenciais devem ter alíquotas de ICMS menores, favorecidos frente aqueles produtos e serviços não essenciais. Nas palavras do Professor Roque Antonio Carrazza, as *"mercadorias e os serviços de primeira necessidade devem, necessariamente, ser menos onerados, por via de ICMS, que os supérfluos ou suntuários. Por trás destas ideias está presente, em última análise, a louvável diretriz pela qual quem, em termos econômicos, tem mais há de ser mais onerado do que quem tem menos"*<sup>3</sup>.

O Professor Aliomar Baleeiro<sup>4</sup>, aliás, já seguia esse mesmo entendimento no passado, ao ensinar que *"as mercadorias essenciais à existência civilizada deles devem ser tratadas mais suavemente, ao passo que as maiores alíquotas devem ser reservadas aos produtos de consumo restrito, isto é, o supérfluo das classes de maior poder aquisitivo"*.

Entre os produtos inegavelmente essenciais tributados pelo ICMS, e que se tornou foco de atenção nos últimos anos, está a energia elétrica. Item essencial para qualquer atividade, mas que ganha extrema relevância quando consideramos a atividade de saneamento.

---

<sup>1</sup> Fernando Ayres: Sócio da área de Direito Tributário do Souto Correa

<sup>2</sup> Augusto Bercht: Sócio da área de Direito Tributário do Souto Correa, mestrando em direito (Universidade de Gênova) (Master In Global Rule of Law And Constitutional Democracy)

<sup>3</sup> CARRAZZA, Roque Antonio – "ICMS" – 15ª Edição, pág. 489, Ed. Malheiros.

<sup>4</sup> BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 9ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 90.

Aliás, de acordo com o Sistema Nacional Informação ao Saneamento (SNIS), depois daquelas relacionadas a pessoal (direta ou indiretamente), a maior despesa nas empresas de saneamento no Brasil é com energia elétrica. Em 2019 totalizou 15,4% dos custos do setor<sup>5</sup>.

No mesmo ano, as despesas com energia elétrica dos prestadores de serviço de saneamento participantes do SNIS atingiram R\$ 7,12 bilhões, com consumo de 13,26 TWh, compostos por 11,84 TWh com abastecimento de água e 1,42 TWh com esgotamento sanitário<sup>6</sup>.

Contudo, mesmo diante da evidente essencialidade da energia elétrica (e de sua relevância para atividade fundamental que é a de saneamento), diversos Estados têm aplicado alíquotas em sentido diametralmente oposto à seletividade pela essencialidade.

Dentro das faixas de alíquotas de ICMS aplicadas pelos Estados - de 7% a 12% (geralmente aplicadas para produtos mais essenciais), 17% e 18% (aplicadas para a maioria dos produtos) e as mais elevadas de 25% ou mais (para produtos supostamente considerados supérfluos) – a energia elétrica tem sido tributada com alíquotas da última faixa. Alcançando até 30% em alguns Estados.

Trata-se, portanto, de clara violação à seletividade pela essencialidade, o que corresponde a evidente inconstitucionalidade. O assunto está atualmente em discussão no Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do Recurso Extraordinário nº 714.139/SC, com julgamento iniciado em fevereiro de 2021 e que já conta com dois votos disponibilizados.

O primeiro, proferido pelo Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, reconheceu o direito do contribuinte ao recolhimento do ICMS incidente sobre a energia elétrica e serviços de telecomunicação com a aplicação da alíquota geral de 17% (no Estado de Santa Catarina), firmando a tese: “Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços.”

Também foi proferido voto pelo Ministro Alexandre de Moraes, divergindo do relator e propondo a fixação da seguinte tese: “I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva. II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem. III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS.” Em seguida, o Ministro Dias Toffoli pediu vista e o julgamento foi suspenso.

Então, passaremos a analisar em mais detalhes a matéria, bem como o julgamento iniciado no STF.

---

<sup>5</sup> Disponível [aqui](#).

<sup>6</sup> Disponível [aqui](#).

## 2. Seletividade e Essencialidade – Artigo 150, II e Artigo 155, § 2º, III da Constituição Federal

Conforme já indicado, o objeto da presente análise é a inconstitucional aplicação de alíquotas elevadas (acima de 25%) do ICMS, adotadas por diversos Estados em relação às operações com energia elétrica (e que também alcança serviços de telecomunicações, em vários casos), especialmente na atividade de saneamento. Isso porque, implicam em violação ao princípio da isonomia, principalmente por ignorarem a aplicação da seletividade com base na essencialidade das mercadorias e serviços (artigo 150, II e artigo 155, § 2º, III da Constituição Federal).

Ao atribuir uma alíquota majorada para energia elétrica e serviços de telecomunicações, os Estados exerceram a seletividade, porém acabam por ignorar completamente a essencialidade dos produtos e serviços selecionados. Vale destacar que, sob o enfoque constitucional, seletividade não se confunde com essencialidade. Por um lado, a seletividade é concebida quando há algum tipo de seleção ou segregação do objeto da tributação, normalmente com alteração da base de cálculo ou das alíquotas. Por outro lado, a essencialidade é o critério utilizado para separação dos produtos ou serviços mais ou menos essenciais para sociedade e que, de acordo com a Constituição Federal, deve ser considerada sempre que verificada a seletividade.

Nesse sentido, para melhor ilustrar a desconsideração do critério da essencialidade por parte dos Estados, a tabela a seguir demonstra a falta de coerência das alíquotas majoradas de 25% e 26% para energia elétrica e serviços de comunicação em relação às demais alíquotas previstas na legislação (tendo como exemplo o Estado da Bahia):

Alíquotas do ICMS	Mercadorias/Serviços
7%	Arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha
12%	Caminhões, ônibus, ônibus-leitos
12%	Automóveis de cilindrada não superior a 1000cm <sup>3</sup>
18%	Bijuterias
18%	Refrigerantes
25%	Energia elétrica
26%	Serviços de comunicação

Se compararmos a energia elétrica e serviços de comunicação com outras mercadorias ou serviços abrangidos pelas alíquotas de 25% e 26% no Estado da Bahia (no mesmo exemplo), é possível perceber claramente que a sua tributação não foi definida com base no princípio da seletividade, conforme sua essencialidade:



Alíquotas do ICMS	Mercadorias/Serviços
25%	Energia elétrica
26%	Serviços de comunicação
25%	Esquis aquáticos e jet-esquis
25%	Perfumes
25%	Bebidas alcoólicas
25%	Joias
25%	Embarcações de esporte e recreio
25%	Fogos de artifício

Da análise simples dessas tabelas comparativas, pode-se notar que a alíquota do ICMS incidente sobre energia elétrica e serviços de comunicação equipara-se (considerando a redução da base de cálculo) à tributação adotada para bebidas alcólicas, perfumes, esquis aquáticos e jet esquis. E são muito superiores àquelas aplicada aos automóveis, bijuterias e refrigerantes, dentre outros. Tal fato deixa mais do que evidente que o Estado da Bahia (que adotamos aqui como um exemplo, entre tantos outros Estados) optou por ignorar a seletividade com base na essencialidade ao fixar as alíquotas diferenciadas de ICMS.

Interessante verificar que, analisando exatamente essa questão da seletividade com base na essencialidade, o Tribunal de Justiça da Bahia, nos autos da Apelação nº 0115540-35.2010.8.05.0001<sup>7</sup>, entendeu que, uma vez adotada a seletividade, deve ser observada a essencialidade, o que não ocorreu na legislação baiana.

E não se trata de decisão isolada. Nesse mesmo sentido, o Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro declarou a inconstitucionalidade do artigo 14, VI, "B", da Lei 2.657/96, firmando o entendimento de que a alíquota do ICMS será de 18%<sup>8</sup> seguindo a seletividade pela essencialidade.

<sup>7</sup> "EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM NÃO ACOLHIDA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA. ICMS. ALÍQUOTA SOBRE OS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE ADOTADO PELO ESTADO DA BAHIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 155, §2º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA. PARÂMETRO DA ESSENCIALIDADE DAS MERCADORIAS E SERVIÇOS INOBSERVADO. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA GENÉRICA DE 17%. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO INTERPOSTO PELO ESTADO DA BAHIA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR, NÃO DEFERIDO NA SENTENÇA RECORRIDA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ENCARGO SUPOSTO. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO INTERPOSTO PELO AUTOR.

<sup>8</sup> "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. Art. 14, VI, "B", da Lei nº 2.657/96, do Estado do Rio de Janeiro, com a nova redação dada pela Lei 4.683/2005, que fixa em 25% (vinte e cinco por cento) a alíquota máxima de ICMS sobre operações com energia elétrica. Anterior declaração de inconstitucionalidade do Art. 14, VI, item 2, e VIII, item 7, do Decreto Estadual nº 27.427/2000, regulamentador daquela Lei, na Arguição nº 27/2005 julgada pelo Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça. Lei impugnada que adota idênticos fundamentos do Decreto, violando os princípios da seletividade e da essencialidade assegurados no Art. 155, §2º, da Carta Magna de 1988. Procedência da Arguição de Inconstitucionalidade do Art. 14, VI, "B", da Lei 2.657/96, do Estado do Rio de Janeiro. Decisão Unânime." (TJRJ, Arguição de Inconstitucionalidade nº 2008.017.00021, ÓRGÃO ESPECIAL - Rel. Des. José Mota Filho. Julgamento: 20/10/2008).

Esse acórdão do Órgão Especial do TJ/RJ foi mantido pelo STF que, nos autos do Recurso Extraordinário 634.457/RJ, reconheceu que sendo o fornecimento de energia elétrica e os serviços de telecomunicações aspectos da dignidade humana, jamais poderiam ser equiparados às operações com produtos não essenciais ou supérfluos.

Está claro, portanto, que os Estados não poderiam aplicar alíquotas majoradas de 25%, 26% ou até 30% para energia elétrica e telecomunicações, quando a alíquota básica do ICMS é de 17% ou 18%. Vale aqui repetir que, de maneira completamente infundada, alguns os Estados fixam alíquotas para energia elétrica e telecomunicações equiparadas à tributação de ICMS para bebidas alcóolicas e perfumes.

Importante lembrar que a atividade de saneamento em si já caracteriza função inegavelmente essencial, especialmente à manutenção da dignidade da pessoa humana. As empresas oferecem serviços de saneamento básico e tratamento de esgoto e resíduos industriais, afetando milhares de pessoas e contribuindo para obtenção de condição tão cara para o ser humano: a manutenção da saúde.

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, estabelece que saúde é direito social, ao lado de educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, entre outros. Além disso, o artigo 196 determina que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

No exercício da essencial atividade de tratamento de efluentes e resíduos industriais, as empresas de saneamento dependem de itens igualmente essenciais, como é o caso da energia elétrica.

Exatamente por isso, não é possível dar tratamento tributário mais gravoso a tais itens. Especificamente sobre energia elétrica, o Professor Hugo de Brito Machado<sup>9</sup> reafirma que *“não nos parece razoável colocar-se em dúvida a essencialidade da energia elétrica. A alíquota do ICMS incidente sobre o seu consumo não deve ser maior do que aquela geralmente aplicável para as demais mercadorias.”*

Ou seja, se a legislação estadual adotou um tratamento seletivo ou diferenciado para energia elétrica, como aliás determina a Constituição Federal, esse tratamento deveria ser no sentido de redução da alíquota, tendo em vista a aplicação do critério da essencialidade.

### **3. O Princípio da Seletividade: obrigatoriedade na tributação do ICMS**

Seguindo os preceitos dos artigos 150, II, e 155, § 2º, III, da Constituição Federal, ao adotar uma característica seletiva na instituição das alíquotas do ICMS, todos os Estados devem

---

<sup>9</sup> MACHADO, Hugo de Brito. O ICMS no fornecimento de energia elétrica: questões da seletividade e da demanda contratada. In: Revista dialética de direito tributário, n. 155, ago. 2008, p. 51-52.

observar a essencialidade de cada uma das mercadorias ou serviços selecionados, visando à manutenção da isonomia entre os contribuintes.

Neste ponto é importante esclarecer que, embora uma leitura literal do artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal possa levar à conclusão de que os Estados teriam a opção de adotar a seletividade “*em função da essencialidade das mercadorias e serviços*”, essa não é a interpretação correta do dispositivo.

Essa interpretação superficial parte do próprio texto constitucional que, ao tratar do ICMS, afirma que o tributo “poderá ser seletivo” e não “deverá ser seletivo”, como ocorre, por exemplo, no caso do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), situação na qual o texto constitucional é mais claro quanto à obrigatoriedade do critério. Porém, é relativamente fácil verificar que, também no caso do ICMS, o critério da seletividade (em função da essencialidade do produto) deve ser adotado pelos entes federativos.

De acordo com Roque Antônio Carrazza<sup>10</sup>, o “poderá” existente no texto constitucional é equiparável ao “deverá”, existente na determinação da seletividade para o IPI. Ou seja, com base na seletividade pela essencialidade, a aplicação de diferentes alíquotas do ICMS deve considerar a necessidade da mercadoria/serviço para sociedade, bem como sua superfluidade.

Além disso, as alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988 – em relação à de 1967/1969 – demonstram claramente o início da observância da seletividade para o ICMS. Isso porque, a Constituição Federal de 1967/1969 limitava a aplicação do princípio da seletividade ao IPI, resguardando ao ICMS um mero critério de uniformidade para as alíquotas internas, interestaduais e para exportação<sup>11</sup>.

Assim, somente com a Constituição Federal de 1988 foi realizada essa importante mudança, atrelando o ICMS ao princípio da seletividade. Nesse sentido, é evidente que, se fosse para possibilitar aos Estados definir sem qualquer critério a incidência do ICMS, o legislador constituinte jamais teria realizado essa “desnecessária” alteração, vinculando a seletividade pela essencialidade ao ICMS.

---

<sup>10</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. São Paulo: Malheiros. 13ª edição, 2009, p. 438/439.

<sup>11</sup> IPI

“Art. 22 - Compete à União decretar impostos sobre:

[...]

V - produtos industrializados;

[...]

§ 4º - O imposto sobre produto industrializado será seletivo, em função da essencialidade dos produtos, e não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nas anteriores.” (não destacado no original)

ICMS

“Art. 24 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal decretar impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes.

[...]

§ 4º - A alíquota do imposto a que se refere o nº II será uniforme para todas as mercadorias; o Senado Federal, através de resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para as operações internas, para as operações interestaduais e para as operações de exportação para o estrangeiro.”

#### 4. A Seletividade pela Essencialidade: Inafastabilidade do Vínculo Constitucional

Também vale analisar o fato de que, ainda que não fosse obrigatória a adoção da seletividade para o ICMS (mas uma mera faculdade dos Estados), uma vez feita a opção pelo “ICMS seletivo” não há a possibilidade de desvincular o critério da essencialidade.

Conforme tratado nos itens anteriores, dentro dessa suposta faculdade, os Estados optaram por serem seletivos na atribuição das alíquotas do ICMS. Então, está claro que, independentemente de ter ou não a faculdade, vários Estados optaram por utilizar a seletividade na tributação do ICMS, sem aplicar o critério da essencialidade. Sobre o assunto, cabe trazer o entendimento da Procuradoria Geral da República (PGR), manifestado nos autos do RE nº 714.139/SC, *leading case* com repercussão geral reconhecida em julgamento no STF:

“De mais a mais, ainda que fosse o caso de considerar-se facultativa a aplicação da seletividade ao ICMS, uma vez feita a opção do legislador estadual pelo princípio da seletividade, passará, por lógica, a ser obrigatória a utilização do critério de comparação em virtude da essencialidade dos bens e serviços. Os mais essenciais deverão ser submetidos a alíquotas menores do que as destinadas aos supérfluos. As alíquotas devem ser inversamente proporcionais à essencialidade, para impedir que sua definição seja permeada de subjetivismo.

[...]

Observa-se, de plano, a desproporcionalidade entre a alíquota geral e a aplicada à energia elétrica e aos serviços de comunicação. Esse contraste é ainda mais nítido quando se tem em mente que a mesma alíquota incidente sobre produtos supérfluos é destinada à energia e às telecomunicações, essenciais ao exercício da dignidade humana.” (não destacado no original).

Conforme está expressamente previsto no artigo 155 da Constituição Federal, **a seletividade jamais poderá ser desvinculada do critério da essencialidade** (“*poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços*”).

Trata-se, efetivamente, de um dever de coerência do legislador, derivado da própria noção de igualdade<sup>12</sup>, isso pois, havendo opção legislativa expressa por determinado caminho, não há como racionalmente justificar ações que destoam do caminho escolhido. O professor alemão Paul Kirchhof pontua que “(...) *as contradições e inconsistências legais são incompatíveis com o princípio do Estado de Direito*”<sup>13</sup>.

A coerência legislativa deve ser entendida com um princípio vinculante à toda atividade legislativa que pretenda ser racionalmente justificável, requisito que deve ser imposto especialmente às restrições de direitos, como são as imposições tributárias. O dever de coerência

---

<sup>12</sup> KIRCHHOF, Paul, *Tributação no Estado Constitucional*, trad. ADAMY, Pedro. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p.57

<sup>13</sup> Idem, *ibidem*

legislativa não só visa a impedir inconsistências no ordenamento jurídico, como também requer que a legislação editada faça sentido em relação ao ordenamento como um todo<sup>15</sup>, de modo que leis posteriores devem ser editadas de forma harmônica com a legislação vigente.

Se o legislador estadual adotou a seletividade baseada na essencialidade no que se refere ao ICMS, essa opção deve ser aplicada consequente e coerentemente em toda a legislação estadual, sob pena de se permitir inconsistências e incoerências que ofendem o princípio da Igualdade e o próprio Estado de Direito.

## **5. O ICMS como Instrumento de Extrafiscalidade**

Ainda tratando das alterações trazidas pela Constituição de 1988, Roque Antônio Carrazza<sup>16</sup> reafirma que o antigo ICM, que antecedeu o atual ICMS, deveria seguir a uniformidade de alíquotas para todas as mercadorias, servindo de instrumento fiscal de arrecadação ao erário. Mas, por outro lado, entende que, somente depois das alterações trazidas pelo artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal, o ICMS passou a ser utilizado como um instrumento de extrafiscalidade.

O atual texto constitucional deixa claro que o ICMS deixou de ser apenas um tributo arrecadatório, devendo exercer outras funções, tais como inibir a venda de produtos danosos à sociedade (fumo, bebidas alcólicas, armamento), desestimular as operações com mercadorias supérfluas (perfumes e jogos eletrônicos), bem como facilitar a circulação de mercadorias e prestação de serviços essenciais (produtos da cesta básica de alimentos, energia elétrica, telecomunicações).

Para tanto, sempre com base no princípio da seletividade, porém sem qualquer afastamento do princípio da isonomia, a Constituição estipulou aos entes federativos mudanças de base de cálculo e, principalmente, variação nas alíquotas aplicadas. Assim, desde 1988, o ICMS passou a integrar esse grupo dos tributos que, além de servirem à arrecadação, têm uma função extrafiscal com um viés social.

Assim, pode-se concluir que, ao fixar alíquotas elevadas (iguais ou superiores a 25%) para energia elétrica (e telecomunicações, conforme o caso), os Estados estão em desacordo, inclusive, à função extrafiscal do ICMS.

## **6. A Repercussão Geral do Tema em Julgamento no STF**

Como já indicado, o tema objeto da presente análise está, atualmente, em discussão no STF (com repercussão geral reconhecida) nos autos do Recurso Extraordinário 714.139/SC, paradigma do tema 745, que discute o alcance do artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal.

O recurso selecionado para ser o leading case decorre de um mandado de segurança, impetrado visando ao reconhecimento do direito de o contribuinte recolher o ICMS, incidente

---

<sup>15</sup> Idem, ibidem

<sup>16</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. São Paulo: Malheiros. 13ª edição, 2009, p. 437.

sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações, com base na alíquota base de 17% e não na alíquota majorada de 25%, fixada pelo Estado de Santa Catarina.

Depois de reconhecida a repercussão geral do tema, a PGR apresentou, em 3.3.2015, parecer analisando em detalhes o assunto. Neste parecer, a PGR buscou demonstrar a incompatibilidade da majoração de alíquotas para energia elétrica e serviços de telecomunicações com o princípio da seletividade pela essencialidade.

O STF recentemente iniciou o julgamento do tema, e, como já referido, os Ministros Marco Aurélio, relator, e o Ministro Alexandre de Moraes já proferiram seus votos.

O Ministro Marco Aurélio deu parcial provimento ao Recurso Extraordinário do contribuinte por entender que, tendo o legislador adotado a seletividade, essa, por conformidade ao texto constitucional, deve se pautar pela essencialidade<sup>14</sup>.

No caso, o Ministro entendeu que, considerando o caráter eminentemente essencial da energia elétrica e dos serviços de telecomunicações, o legislador não poderia prever, para tais itens, a mesma alíquota que resguarda para os produtos supérfluos, devendo, portanto, ser aplicada a alíquota básica que, no caso do Estado de Santa Catarina – objeto da discussão do *leading case* –, é de 17%.

O ministro entendeu ser parcialmente procedente o Recurso Extraordinário, pois não acatou o argumento de que a alíquota de 12% voltada para consumidores domiciliares de baixo consumo feriria o princípio da isonomia.

O Ministro Alexandre de Moraes também considerou parcialmente procedente o Recurso Extraordinário, porém de maneira bastante diversa.

Para o Ministro, apesar de o texto constitucional determinar que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade, como prevê o artigo 155, inciso II, §2º da Constituição Federal, a essencialidade não é o único elemento que poderia influir na definição da alíquota, havendo também influência de outras razões *"(...) considerando-se a finalidade do bem tributado e as características do respectivo consumidor, a fim de dar efetividade à isonomia e ao princípio da capacidade contributiva"*.

---

<sup>17</sup> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 745. ICMS. ARTS. 150, II, E 155, § 2º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE. ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. ALÍQUOTA ESPECÍFICA SUPERIOR À ALÍQUOTA GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO. MODULAÇÃO DE EFEITOS RECOMENDÁVEL.

1. É inconstitucional o art. 19, inciso II, alíneas "a" e "c", da Lei estadual 10.297/1996 de Santa Catarina no que prevê alíquotas do ICMS superiores à geral a incidirem sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações, por incompatibilidade com o princípio da seletividade/essencialidade.

2. Eliminada a regra especial que estipula alíquota majorada para energia elétrica e telecomunicações, tem-se que o ICMS de ambas cairá automaticamente na regra geral do Estado-membro e o contribuinte terá direito de pleitear a restituição dos valores pagos nos últimos cinco anos, nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional, não havendo falar em ofensa à separação de poderes por ativismo Judicial.

3. Concretiza o princípio da igualdade tributária a instituição, a partir de níveis reduzidos de consumo, de alíquotas progressivas na energia fornecida à população economicamente mais vulnerável, ao contrário do que sugere o recorrente, não havendo falar em ofensa ao art. 150, II, da Constituição.

4. Parecer pelo provimento parcial do recurso extraordinário."

Nesse raciocínio, seria lícito aos Estados preverem alíquotas superiores em casos de uso industrial e comercial de energia e também para consumidores domésticos com maior consumo (acima de 500Kwh, no caso sob análise). O argumento seria que tais consumidores demonstrariam suposta maior capacidade contributiva.

Ao nosso ver, duas críticas podem ser tecidas em relação a esse voto. Em primeiro lugar, não se entende correto a consideração de que a capacidade contributiva deveria ser elemento a ser considerado, conjuntamente com a essencialidade para fins de determinação da alíquota. Isso pois, seguindo lição de Humberto Ávila, a capacidade contributiva, como elemento para determinar a carga tributária incidente sobre determinado contribuinte, só pode ser auferida após o contribuinte ter realizado os gastos necessários para assegurar sua existência mínima e manter a sua fonte de renda<sup>18</sup>. Só depois que se elimina os gastos essenciais, é que se passa a demonstrar capacidade contributiva.

Em segundo lugar, a capacidade contributiva, como critério de aplicação da igualdade no direito tributário<sup>19</sup>, visa a graduar a tributação em relação a manifestações de capacidade econômica do contribuinte. Cabe ponderar, portanto, se, considerando o tema discutido, o consumo elevado de energia pode ser considerado, especialmente, nas atividades industriais e comerciais, como um efetivo sinal de maior capacidade econômica ou uma característica inerente a alguns setores da economia, como o do Saneamento. Parece-nos que a resposta correta é a última: um elevado gasto de energia elétrica não é elemento apto a ser utilizado para auferir maior ou menor capacidade contributiva.

## 7. Conclusões

Muito se fala na complexidade do sistema tributário brasileiro, o que, de fato, é inegável. Entre a enorme quantidade de elementos que leva à complexidade do nosso sistema, a incoerência do legislador deve ser apontada como um dos mais desastrosos. O presente caso não escapa dessa observação.

A Constituição Federal estabeleceu com clareza a seletividade com base na essencialidade como elemento do ICMS, na busca da sua neutralidade. Ainda que se interprete como uma possibilidade, feita escolha, o legislador deve ser consequente em seus desdobramentos legislativos, aplicando a referida escolha em todas as suas consequências sem inconsistências ou exceções. Trata-se de um comportamento essencial para preservação da igualdade, do Estado do Direito e da manutenção de qualquer justificação racional da legislação.

Com o julgamento do RE nº 714.139/SC o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de

---

<sup>18</sup> ÁVILA, Humberto, Sistema Constitucional Tributário, 5.ed. São Paulo: Saraiva, p. 458-459

<sup>19</sup> KUBE, Hanno, Verhältnismäßigkeit von Steuern und Abgaben, in JESTAEDTD, Matthias e LEPSIUS, Olivier (org), Verhältnismäßigkeit. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015 p. 161e ss

guardião da Constituição Federal, pode dar um passo claro na direção que preserva os valores acima mencionados.

O Tribunal pode, por outro lado, premiar a visão puramente arrecadatória dos Estados e, por meio de argumentos que julgamos inadequados, permitir que a legislação preveja alíquotas maiores justamente para setores que utilizam (e dependem) mais a energia elétrica, como o de saneamento, sem demonstrar, com isso, qualquer potencial maior para contribuir do que outros setores que não são tão dependentes desse recurso.

Espera-se que a o STF vá pelo primeiro caminho, premiando a coerência do direito e a plena concretização da Constituição Federal.



# A competência da união em matéria de saneamento básico

---

Clarissa Leão Lima<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Com a entrada em vigor Lei nº 14.026/2020, que teve por objetivo atualizar o marco regulatório do setor de saneamento básico disposto na Lei 11.445/2007, que, dentre as alterações, trouxe a modificação da Lei nº 9.984/00 para outorgar à Agência Nacional de Águas (ANA) competência para editar normas de referência nacionais para o setor, ganha força no Brasil o questionamento sobre qual o papel da União em matéria de saneamento básico e se é possível trazer esse ente federativo para uma atuação mais intensa no setor.

Desde 2018 a União Federal propôs Medidas Provisórias para garantir uma maior atuação matéria de saneamento básico atribuindo competência regulatória à ANA, anseio que encontrou amparo no texto refletido na Lei nº 14.026/2020. Essa foi a configuração que se encontrou para dar contorno ao anseio federalizante, no entanto, poder-se-ia ter estruturado tal atribuição competência à União de distintas maneiras, fosse pela criação de nova agência reguladora, secretaria, autarquia. Possivelmente as discussões sobre a constitucionalidade da medida permaneceriam, pois a discussão per se é sobre qual a extensão dessa competência, o que persistiria mesmo que fosse conferida a outro órgão/entidade.

A Lei nº 14.026/2020 insere na Lei nº 9.984/00 – norma que contém as competências da ANA – um rol exemplificativo de assuntos sobre os quais essa agência poderia editar normas de referência: i) padrões de qualidade e eficiência; ii) regulação tarifária; iii) padronização dos instrumentos negociais; iv) critérios para a contabilidade regulatória; e v) redução progressiva da perda de água. Os demais dispositivos desse artigo inserido na Lei nº 9.984/00 dispõem sobre: i) princípios a serem observados pela ANA ao editar normas de referência – livre concorrência, cooperação entre os entes federativos, prestação adequada do serviço e respeito às peculiaridades regionais; ii) possibilidade de a agência mediar ou arbitrar conflito entre os agentes – mediante concordância dos envolvidos; iii) realização de análise de impacto regulatória na elaboração das normas de referência; entre outras.

---

<sup>1</sup> Sócia da área de Direito Administrativo e Regulatório do Souto Correa Advogados. Pós-graduanda em Direito Administrativo e aluna avulsa de Direito e Desenvolvimento do Programa de Mestrado Acadêmico da FGV Direito SP.

<sup>2</sup> Planalto. EMI nº 00017/2018 MCidades. Disponível [aqui](#).

A exposição de motivos que acompanhou as diversas Medidas Provisórias que propuseram essa nova competência – a exemplo da MP nº 844/2018 e 868/2018 – destacavam que, embora o marco regulatório de 2007 tivesse permitido avanços no setor, como pode ser observado pelo aumento no número de indivíduos com abastecimento de água, para os demais segmentos de saneamento subsistem baixos índices de acesso. Um dos obstáculos para o desenvolvimento da área seria a “variabilidade de regras regulatórias”<sup>3</sup>, que ocorre em virtude da diversidade de capacidades regulatórias dos titulares; os municípios. Para isso, a competência da ANA surgiria para possibilitar a padronização regulatória e redução de custos de transação no setor, tornando-o mais previsível para os prestadores que trabalham com diferentes titulares.

Diante da iniciativa do executivo, diversos agentes setoriais se mobilizaram em discordância a Lei nº 14.026/2020 quando ainda era uma proposição legislativa, sobre vários de seus aspectos, dentre eles, as novas competências outorgadas à ANA, e, portanto, à União. A Associação Brasileira de Agências de Regulação (“ABAR”), entidade formada por agências reguladoras estaduais e municipais, pode ser apresentada como um dos principais opositores da nova competência da ANA, de modo que apresentou nota de repúdio sobre a medida. Primeiramente, a associação apontou que apesar de se tratar de competência para a atribuição de normas referenciais, há a vinculação de repasses de recursos federais, que, no cenário atual, são os principais investimentos no setor de saneamento básico. Assim, de imediato, apontou-se que o município tornar-se-ia mero agente executor de decisões da ANA, de modo que a nova lei tolheria competência constitucionalmente atribuída.

Complementarmente, em artigo elaborado por membro da Câmara Técnica de Saneamento da Associação<sup>4</sup>, arguiu-se que a competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo saneamento básico, determinado no art. 21, XX, da CRFB/88 já foi exercida pela edição da Lei 11.445/07. Assim, a edição do marco regulatório do setor de saneamento em 2007 daria “guarida à produção normativa subnacional, o que respeita as particularidades do saneamento básico em sua prestação local e a titularidade municipal de tais serviços”<sup>5</sup>, vez que a União já haveria esgotado sua competência.

Argumentou ainda que estar-se-ia adentrando a competência regulatória cabível aos entes subnacionais, pois o rol exemplificativo do art. 4º - A seria uma clara competência municipal. A ABAR se manifestou no sentido de que:

reformulação na forma imposta em nada contribuirá para a modificação dos índices de cobertura do saneamento básico, haja vista a necessidade de se avançar, por exemplo, no planejamento e em regras que estimulem de forma

---

<sup>3</sup> Planalto. EMI nº 00006/2018 MCidades MMA MP. Disponível [aqui](#).

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Carlos Roberto. Medida Provisória nº 844/2018: Considerações sobre as fragilidades do novo Marco Regulatório do Saneamento. Disponível [aqui](#).

<sup>5</sup> Op. Cit.

transparente e eficaz a participação do segmento privado, bem como o fortalecimento da regulação subnacional<sup>6</sup>.

Nesse sentido, em julho de 2020, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou a ADI nº 6492/DF<sup>7</sup>, apontando a inconstitucionalidade da Lei nº 14.26/2020 pelos mesmos motivos apresentados pela ABAR, dentre outras inconstitucionalidades identificadas.

A discussão apresentada levanta diversos questionamentos em eventual nova proposição de mais papéis à União em matéria de saneamento e nova tentativa de atribuição de competência à ANA: i) levando em conta a existência da Lei nº 11.445/07, seria cabível a outorga da competência a ANA? É possível a deslegalização do tema? Caberia a deslegalização do tema e seu tratamento por parte do regulador?; ii) caso se entenda cabível a deslegalização, há competência da União, por meio da ANA, para estabelecer as diretrizes especificadas na Lei 14.026/2020? Qual o limite dessas competências? Adiante se fará a reflexão sobre essas questões.

## **2. Levando em conta a existência da Lei nº 11.445/07, seria cabível a outorga da competência a ANA<sup>8</sup>? É possível a deslegalização do tema?**

Aragão leciona que “as leis criadoras das agências reguladoras implicam, pelo menos em matéria técnica, deslegalização em seu favor, salvo, logicamente, se delas inferir o contrário (ARAGÃO, 2000). Complementarmente o autor indica que “as leis atributivas de poder normativas às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais”, tendo uma natureza de “lei-quadro”<sup>9</sup>. Do texto da Lei nº 14.026/2020 é possível compreender que há deslegalização do tema contido na Lei nº 11.445/07 em favor da agência, passando a competência contida no art. 21, XX da Constituição do Congresso à ANA.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003) ensina que a deslegalização consiste na retirada, pelo legislador, de certas matérias do domínio da lei. Assim, abre-se um espaço normativo de natureza técnica para que órgãos públicos ou privados, sob o controle estabelecido na norma que realizou a deslegalização, criem as normas legais. Aragão (2011) indica que, embora se trate do legislador agindo sob sua liberdade normativa sobre determinada matéria, a Administração Pública permanece subordinada à lei formal em que ocorre a outorga, demonstrando haver uma forte vinculação da ação da agência reguladora independente e a norma que lhe delega tal competência.

---

<sup>6</sup> ABAR. Nota de Repúdio à Medida Provisória 844/2018. Disponível [aqui](#).

<sup>7</sup> Portal STF. ADI nº 6492/DF. Disponível [aqui](#).

<sup>8</sup> Enfatize-se que, conforme mencionado anteriormente, utiliza-se a discussão de competência à ANA, mas seria possível realizar a mesma realizar o mesmo esforço cognitivo para compreender a delegação de competência à outro ente que se acreditasse ser dotado da capacidade institucional para exercer essa atribuição.

<sup>9</sup> Op. Cit.

Essa delegação de competência ocorreria, pois “incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la”<sup>10</sup>. E não apenas a complexidade da matéria torna necessária a regulação, mas a dinâmica social, que pode demandar ações mais ágeis e eficientes por parte da administração pública, conforme explicita Marcos Juruena (2005).

No caso em questão, conforme supramencionado, há delegação da competência atribuída à União; ao Congresso Nacional pelo art. 21, XX da CRFB/88 para o Poder Executivo na figura da ANA, entidade presumidamente mais técnica e capaz de instituir diretrizes para o setor de saneamento básico. Aragão (2000, p. 289) aponta que não há inconstitucionalidade na deslegalização<sup>11</sup> realizada pelo Congresso Nacional, pois se este poder tem competência para revogar uma lei anterior é latente que pode “rebaixar grau hierárquico” da mesma; tratar-se-ia tão somente de uma política legislativa dentro de sua esfera de competência.

Embora tal competência se encontre no art. 21, XX, da Constituição, que trata de competências materiais da União, em parecer elaborado para o Congresso Nacional no âmbito das discussões do Projeto de Lei nº 5.296/05 – que se tornaria a Lei nº 11.445/07, Floriano de Azevedo<sup>12</sup> explica de forma clara que tal atribuição de competência traz consigo a possibilidade de edição normativa<sup>13</sup>:

É evidente que o mandamento constitucional faz referência à competência normativa (a de instituir diretrizes), mas a ela confere conotação de intervenção na execução do serviço por meio de sua regulação (intervenção indireta). Atribui à União o poder-dever de estruturar o setor e determinar como serão os traços essenciais de sua execução. As diretrizes para o setor e a Política Nacional do Saneamento não são senão expoentes deste poder dever. Pode-se depreender da vontade do legislador constituinte de dispor tal competência no artigo 21, e não no 22, uma determinada intenção de voltar a atuação da União à ação, ao fomento, à estruturação prática do setor.

---

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 62.

<sup>11</sup> O autor chama de “delegificação”.

<sup>12</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parecer Jurídico apresentado ao Projeto de Lei no 5296/2005. São Paulo: 18 de fevereiro de 2005. p. 52 Disponível em: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd63/diretrizes/Floriano7.pdf>

<sup>13</sup> “Sob o prisma da estrita literalidade, o disposto no art. 21, inciso XX, pode causar alguma estranheza pelo fato de sua matéria não se encontrar situada no art. 22, que enumera as matérias sujeitas à competência legislativa privativa, ou no art. 24 que elenca aquelas submetidas à competência legislativa concorrente da União. Neste sentido, à primeira vista a interpretação literal, limitada a este art. 21, conduz à ideia de que a União estaria impedida de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive o saneamento básico, vinculantes para os demais entes federativos, porque tais diretrizes só poderiam ser administrativas e, conseqüentemente, determinantes apenas para a administração pública federal. Se válida fosse esta linha de argumentação, a União só poderia instituir diretrizes neste campo para orientar a ação dos órgãos e entidades públicas federais. [...] Assim sendo, as diretrizes nacionais para o desenvolvimento urbano abrangem, naturalmente, as referentes à habitação, ao saneamento básico e aos transportes urbanos. Conseqüentemente, a competência da União para instituir diretrizes nacionais para o saneamento básico, mediante lei, insere-se no poder que lhe foi dado pela Constituição Federal para instituir, também mediante lei, diretrizes para o desenvolvimento urbano (art. 182, “caput”) e estabelecer normas gerais de direito urbanístico (art. 24, §1º). MUKAI, Toshio. Capítulo I – Dos Princípios Fundamentais. In:\_(Coord). Saneamento Básico: Diretrizes Gerais: Comentários à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5.

A doutrina<sup>14</sup> aponta que existem normas insuscetíveis de deslegalização, que são as referentes à:

*atividades jurídicas* do Estado, tidas como *próprias* do ente estatal e como necessária *condição* de sua existência. As demais, tidas como delegáveis e deslegalizáveis, incluem-se entre as chamadas *atividades sociais*, ou *impróprias* do Estado, que lhe são cometidas na medida em que, embora não sejam fundamentais à sua preservação, são úteis à sociedade<sup>15</sup>.

O serviço de saneamento básico parece se encaixar na segunda hipótese, vez que sua prestação é útil à sociedade, podendo observar-se que materialmente não há vício no conteúdo da referida outorga. Há, ainda, a vedação formal para a deslegalização, pois, caso se trate de matéria exclusiva de lei, não poderá ser realizada a deslegalização<sup>16</sup>:

A deslegalização encontra limites constitucionais nas matérias constitucionalmente reservadas a lei. Sempre que exista uma reserva material-constitucional de lei, a lei ou o decreto-lei (e eventualmente, também, decreto legislativo regional) não poderão limitar-se a entregar aos regulamentos a disciplina jurídica da matéria constitucionalmente reservada a lei.

Matérias insuscetíveis de deslegalização seriam hipóteses de normas de natureza penal ou tributária, conforme aponta Aragão, mencionando Eduardo García de Enterría<sup>17</sup>, não abrange, portanto, vedação a matéria de saneamento básico. A Constituição não traz que a competência da União para instituir diretrizes sobre saneamento básico deve ser exercida por meio de lei, pois não há a ressalva “na forma da lei” no art. 21, XX. Então, parece formalmente e materialmente possível a outorga de competência à ANA.

Juruena<sup>18</sup> também sustenta que serão legítimas as deslegalizações de competência por parte do poder legislativo sempre que esse poder tenha “predeterminado o alcance do poder que se transfere, assinalando um standard legislativo suficientemente claro e concreto, para que em todo caso a agência atue segundo a vontade do legislador”, mais adiante menciona ainda – referenciando-se em José Maria Pinheiro Madeira, que por sua vez se ampara em Luís Roberto Barroso – que:

a doutrina brasileira só admite as delegações legislativas (aqui tratadas com a terminologia de deslegalização) se o legislador oferece standards adequados,

---

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

<sup>15</sup> Ibid. p. 191.

<sup>16</sup> (2002, p. 837

<sup>17</sup> Ibid. p. 15.

<sup>18</sup> Ibid. p. 50

isto é, quando houvesse início de legislação apta a confirmar, dentro em limites determinados, a normatização secundária do órgão delegado; se abdica de seu dever de legislar, transferindo a outros a responsabilidade pela definição das alternativas políticas e diretrizes a seguir [...]”.

Destarte, entende-se que há o pressuposto de que a delegação legislativa deve ser feita com clareza e imposição de limites por parte do legislador, tal como feito na Lei nº 14.026/2020, em que se propôs rol de normas de referência passíveis de definição pela ANA (art. 4º-A, §1º). De mais a mais, a Lei nº 14.026/2020 também impõe limitação a essa competência em termos de finalidade, de modo que se não promover um dos objetivos legalmente estabelecidos no §3º do art. 4º-A, estará em desacordo com o disposto na norma.

Assim, as competências prescritas na Lei nº 14.026/2020 parecem consentâneas com o ordenamento jurídico brasileiro, pois embora tragam aparente abrangência típica da redação legal, a própria norma contém limitações de conteúdo que não dão plena liberdade de regulação por parte da ANA.

De todo o exposto, parece admissível afirmar que o tema em questão é passível de deslegalização por parte do Congresso Nacional, formalmente, materialmente e legitimamente. Inclusive, poder-se-ia considerar tal opção mais justa, pois “a justeza da decisão dependerá, em grande medida, de se escolher o ‘órgão’ mais apetrechado quanto à organização, função e forma de procedimento para tomar essa decisão”<sup>19</sup>, e, a União é ente com mais capacidade técnica para criar normas compatíveis com o setor e padronizadas, sem desrespeitar as diferenças locais.

### **3. Caso se entenda cabível a deslegalização, há competência da União, por meio da ANA, para estabelecer as diretrizes especificadas na Lei 14.026/2020? Qual o limite dessas competências?**

Superado o questionamento acerca da possibilidade de deslegalização do tema e outorga da competência normativa referente à saneamento básico à ANA, deve-se ingressar no mérito da competência do regulador nacional: qual a abrangência do termo “diretrizes” cuja competência é atribuída à União no art. 21, XX da Constituição. Essa reflexão é importante pois, diante da acusação de usurpação de competência municipal apontada pelos associados da ABAR e na ADI apresentada no STF por haver previsto norma que seria específica, compreender os limites da competência federal em matéria de saneamento é imprescindível para encontrar a melhor forma de atuação por parte desse ente.

A resposta para esse questionamento apresenta respostas diversas, a depender da fonte: doutrina ou jurisprudência. Em virtude dessa distinção, mais adiante se analisará as duas

---

<sup>19</sup> Trata-se de menção do Aragão à texto de J. J. Gomes Canotilho. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito.

compreensões, sendo o enfoque a compreensão da jurisprudência, visto que são os magistrados da corte suprema os últimos intérpretes da carta magna.

#### 4. Doutrina

Durante o processo de discussão do PL 5.296/2005, que resultou na Lei nº 11.445/07, alguns juristas foram convidados a se manifestar sobre alguns aspectos do texto da norma, dentre eles, o significado de diretriz especificamente no art. 21, XX da Constituição. No parecer elaborado por Dalmo de Abreu Dallari, o jurista compreendeu que:

A expressão “instituir diretrizes”, constante do artigo 21, inciso XX, da Constituição, significa apontar os grandes caminhos, dar uma orientação, fixar normas gerais, sem descer a pormenores de organização ou de execução. É o mesmo sentido da palavra “diretrizes” na expressão “diretrizes e bases da educação nacional”. De modo geral, as normas de caráter geral, inclusive definições, constantes do Anteprojeto podem ser consideradas diretrizes. Poderá ocorrer, entretanto, algum questionamento durante a discussão do projeto, se alguém considerar que determinada diretriz vai além da fixação de norma geral e desce a pormenores de ordem prática, não fundamentais para a fixação de objetivos. Nesse caso, será conveniente a discussão, mas uma vez fixadas em lei as diretrizes, elas se tornam normas obrigatórias para todos.

Assim, entende esse autor que o termo diretriz se trata de norma geral que aponta a direção sem ingressar em pormenores. Floriano de Azevedo, também se manifestando sobre o significado dessa competência constitucional, aponta que seria norma de conteúdo programático que traça linhas gerais. Enfatiza Marques, ainda, que se trata de uma função de coordenação setorial; não configurando, portanto, usurpação de competência aos demais entes federativos, respeitando as respectivas autonomias.

Ao se levar em conta a lição dos doutrinadores supramencionados, observa-se que a diretriz assemelha-se ao conceito de norma geral. Para Moreira Neto<sup>22</sup>, que sistematizou características para que uma norma se configure como geral, esse tipo normativo:

---

<sup>20</sup> DALLARI, Dalmo A. Parecer Jurídico apresentado ao Projeto de Lei no 5.296/2005. Paris: 2 de fevereiro de 2005. Disponível [aqui](#).

<sup>21</sup> “As diretrizes que competem à União por força do artigo 21, XX, correspondem às normas de aplicação direta e conteúdo programático direcionado para a ação, que traçam as linhas gerais dos serviços de saneamento básico. Cumprem o papel estruturante da União, orientado para a integração das ações de saneamento e para a sua operacionalização. As diretrizes constantes do Anteprojeto cumprem tal definição, ao conjugar o necessário respeito à autonomia dos entes federativos e a normatização coordenadora do setor. Assim é que a principal diretriz do Anteprojeto, que corresponde à exigência de planejamento, regulação e fiscalização, não pode ser considerada contrária à autonomia federativa, pois decorre do artigo 175 da própria Constituição, que exige que a prestação dos serviços públicos, mesmo prestados diretamente, sejam regulados por lei. Além disso, a adoção dos modelos propostos no Anteprojeto depende de ato voluntário dos entes federativos, seja ele positivo (adoção) seja ele negativo (omissão)”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parecer Jurídico apresentado ao Projeto de Lei no 5.296/2005. São Paulo: 18 de fevereiro de 2005. Disponível [aqui](#).

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. Revista de informação legislativa, v. 25, n.100, p. 127-162, out./dez. 1988

(i) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais; (ii) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem esgotar o assunto legislado; (iii) são regras nacionais, uniformemente aplicáveis no território; (iv) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas, sem individualizá-las; (v) só cabem quando preenchem lacunas constitucionais e disponham sobre áreas de conflito; (vi) devem referir-se a questões fundamentais; (vii) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados; e (viii) não são normas de aplicação direta.

Ante todo o exposto, as normas de competência da União para Saneamento Básico, segundo a doutrina supramencionada, devem ter baixo conteúdo normativo e traçar caminhos sem especificar pormenores, visto que se trata de competência municipal. São, ainda, normas de seguimento facultado aos municípios, pois “depende de ato voluntário dos entes federativos, seja ele positivo (adoção) seja ele negativo (omissão)”<sup>23</sup>. Floriano de Azevedo explica que tornar o seguimento à diretrizes instituídas pela União requisito para o recebimento de verbas federais não desrespeita à autonomia municipal:

Os recursos federais referidos no Anteprojeto **são receitas de livre distribuição, objeto de transferências voluntárias. Inexiste qualquer exigência quanto ao destino de tais receitas, exceto os limites gerais que orientam a atividade administrativa. Nada impede, então, que a União fixe as condições que justificarão os seus investimentos e que estas sejam condizentes com a função estruturante que a União desempenha no setor.** (grifos nossos).

Após a compreensão do significado de norma geral para a doutrina, é importante alinhar esse conteúdo ao que aponta a jurisprudência para que se possa compreender o panorama completo de qual seria a competência da União em matéria de saneamento básico.

## 5. Jurisprudência

Por diversas vezes o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, foi chamado a clarificar as atribuições de competência referentes aos entes federativos. Em seus julgados sobre a abrangência da competência da União para editar normas gerais, o Supremo apresentou visões diferentes a depender da matéria. Em matéria de saneamento, o STF só recentemente foi chamado a se manifestar sobre qual a extensão da competência federal para instituir diretrizes, todavia, ainda não foi proferido o entendimento da Suprema Corte sobre o tema.

---

<sup>23</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parecer Jurídico apresentado ao Projeto de Lei no 5.296/2005. São Paulo: 18 de fevereiro de 2005. Disponível [aqui](#).



Todavia é possível observar outras manifestações da corte sobre competência constitucionais legislativas da União para o estabelecimento de normas gerais. A seguir se fará uma busca da compreensão da corte sobre a competência federal, considerando-se a discussão sobre diretriz e norma geral realizadas sobre as matérias abaixo:

*Quadro 1 - Jurisprudência do Supremo sobre Competência*

Processo	Matéria
<b>ADI 3.735, ADI 1.746, RE 547.063</b>	Licitação
<b>ADI 4954, ADI 1980, ADI 1980, ADI 2.832</b>	Produção e consumo; Defesa do Consumidor

As matérias acima foram escolhidas porque há competência da União para editar normas gerais, e, nos julgados apresentados houve discussão acerca da extensão dessa competência.

## 6. Licitação

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (**Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998**).

Pela expressa menção constitucional, a União é o ente competente para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Em junho de 1993, entrou em vigor a Lei n.º 8.666, dispondo sobre normas gerais de licitação e contratos públicos. No texto constitucional se observa que, embora o constituinte fale de competência federal sobre normas gerais a norma em si é bastante detalhada, contendo determinações como: i) critérios de desempate a serem adotados nas licitações (art. 3º, §2º); ii) a sequência para a licitação de obras prestação de serviços (art. 7º); iii) percentual a ser recolhido na habilitação de venda de bens imóveis (art. 18); iv) locais e prazo de antecedência para a publicação de editais e prazo mínimo até o recebimento das propostas (art. 21); v) hipóteses de dispensa e inexigibilidade (art. 24 e 25).

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o tema no julgamento do Recurso Extraordinário 547.063-6 RJ. No caso em questão, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro multou o ex-chefe da Polícia Civil porque este não havia remetido cópia do edital da Licitação n.º 08/97, e, realizou o certame sem que o plenário da corte de contas tivesse proferido decisão sobre o tema. Embora a publicação do edital tivesse ocorrido segundo o prazo legal e a Procuradoria Geral do estado do Rio de Janeiro houvesse se manifestado anteriormente afirmando que não seria necessária a remessa prévia ao TCE quando não fosse expressamente solicitado, a corte alegou descumprimento ao art. 113 da 8.666/93:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

O então Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Luís Roberto Barroso, alegou que se trataria de competência privativa da União e que a obrigatoriedade de apresentação não encontraria simetria com o art. 113, § 2º da 8.666/93, visto que a norma federal atribui uma faculdade a ser exercida até o último dia útil anterior ao recebimento das propostas. O voto do Ministro relator, Menezes Direito, voltou-se à compreensão da exigência do TCE-RJ da remessa dos editais de concorrência para controle prévio. O relator compreendeu que o legislador estadual, ao estabelecer controle prévio automático por parte do tribunal estadual, padeceu de fundamento legal ou constitucional, visto que a norma não cria um controle obrigatório. Apontou ainda que:

[...] não há conflito entre a Lei Complementar estadual e a Lei federal, mas há, sim, uma invasão da competência privativa da União nos atos do Tribunal de Contas que inovam com a exigência da obrigação da Administração de remeter previamente os editais, sem que haja solicitação do Tribunal de Contas.

Assim, para ele, qualquer edição normativa que estabelecesse a obrigatoriedade da remessa à corte de contas seria ilegal, pois estaria entrando na competência federal para legislar sobre normas gerais. A ministra Carmen Lúcia, concordou com a conclusão sobre a inconstitucionalidade da disposição, mas não pela imposição da remessa em si, mas por não ter sido endereçada por meio de lei, mas somente por ato normativo do TCE. A ministra aponta que “quando a Constituição estabelece normas gerais, ela deixa campo em todos os Estados e Municípios”, então, conclui que “há espaço incontestável de atuação do legislador estadual e municipal”, de modo que entende que uma lei que dispusesse sobre a remessa prévia obrigatória de editais ao TCE configuraria norma específica.

O ministro Lewandowski seguiu o voto do ministro Menezes Direito enfatizando que, mesmo que houvesse lei estadual que determinasse o controle prévio, essa seria inconstitucional por invasão da competência federal. Assim, a corte julgou inconstitucional a aplicação da multa pelo TCE, decidindo que:

A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº 8.666/93.

Em 2014, a corte suprema foi novamente chamada a se manifestar sobre a amplitude do art. 22, XXVII da CRFB/88. Na ADI 1.746-6/SP se discutia a constitucionalidade de dispositivo (art. 293, parágrafo único<sup>24</sup>) da Constituição do estado de São Paulo que estabelecia prazo de 25 anos para pagamento de indenização à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (“Sabesp”) em caso de encampação. O governador do estado de São Paulo apontou que o dispositivo seria inconstitucional pois invadiria a esfera de competência da União para legislar sobre normas gerais em matéria de licitação e contratos, além de ferir os contratos firmados entre municípios e Sabesp que não continham a dilação de prazo de 25 anos para o pagamento da indenização quando o contrato fosse extinto antes do prazo.

No julgamento da liminar do caso, decidiu-se pela suspensão da norma, entretanto, cada ministro respaldou sua decisão em pontos distintos como respeito ao reequilíbrio econômico-financeiro, segurança jurídica e repartição dos poderes<sup>25</sup>. No julgamento de mérito, em 2014, diferentemente do apontado na liminar, apontou se tratar a matéria de competência privativa da União, por tratar de norma geral:

Assim, o **cálculo do valor, o modo e o prazo para o pagamento da indenização devida em virtude do encerramento antecipado do pacto administrativo**, por motivos de conveniência e oportunidade, integram o núcleo de direitos iniciais que devem ser preservados durante o contrato de concessão.

A par desse aspecto, **o constituinte estadual legislou em matéria reservada à União**. O artigo 22, inciso XXVII, da Carta da República estabelece competir à lei federal a regulação de normas gerais sobre licitação e contratação públicas. (grifos nossos).

---

<sup>24</sup> Art 293 . Os Municípios atendidos pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo poderão criar e organizar seus serviços autônomos de água e esgoto.

Parágrafo único . A indenização devida à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo será ressarcida após levantamento de auditoria conjunta entre a Secretaria da Fazenda do Estado e o Município, no prazo de até vinte e cinco anos.

<sup>25</sup> “O Pleno deferiu a liminar para suspender a vigência do dispositivo impugnado, com efeitos não retroativos, havendo os Ministros concluído pela inconstitucionalidade da norma por diferentes motivos. O relator proclamou ser ela formal, considerando competir à lei ordinária estadual, e não à respectiva Constituição, a regulação de matéria relacionada ao gerenciamento de bens e serviços públicos prestados pelo Estado. O Ministro Sepúlveda Pertence chegou à mesma conclusão, porquanto entendeu cuidar-se de matéria reservada a lei federal, nos termos do artigo 175, inciso I, do Diplomar Maior.

Vossa Excelência e os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves assentaram tratar-se de regra pertinente a contrato já realizado entre a companhia de saneamento e os municípios paulistas. O Ministro Moreira Alves destacou mostrar-se vedado ao legislador infraconstitucional estabelecer para sociedade de economia mista, cuja personalidade jurídica é de direito privado, modo de indenização diverso do previsto nos contratos de concessão e negócios jurídicos já efetuados, no que revelado ato jurídico perfeito.” STF. ADI 1.746/SP. Disponível [aqui](#).

Apontou-se, ainda, haver disposição federal sobre a questão também na Lei n.º 8.987/95 ao dispor – no art. 37 – que nos casos de encampação o pagamento da indenização será prévio, e o prazo de 25 anos estaria muito distante do disposto na norma. Desse modo, por unanimidade, os ministros decidiram que a disposição da carta paulistana feriria a Constituição Federal por adentrar matéria de competência da União, configurando cálculo do valor, modo e prazo para pagamento de indenização em caso de rescisão contratual antecipada, norma geral.

Ainda sobre licitação, em 2016, o Supremo julgou a ADI 3.735/MS, em que se discutia a Lei nº 3.041/05. A inconstitucionalidade da lei, apontada pelo Procurador Geral da República, consistiria na imposição de apresentação de certidão negativa de violação dos direitos do consumidor – chamada Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor - CVDC, a ser emitida pelo Procon/MS para empresas que quisessem participar de procedimentos licitatórios do estado. O PGR apontou que se trataria de norma geral de licitação, invadindo diretamente a competência privativa da União para dispor sobre a matéria.

Ao iniciar a discussão sobre a questão, o relator Ministro Teori Zavascki<sup>26</sup>, apontou que:

Esta privatividade, contudo, não elidiu a competência dos demais entes federativos para legislar sobre o tema. Na medida em que se limitou ao plano das “normas gerais”, a própria regra de competência do art. 22, XXVII, da CF pressupõe a integração da disciplina jurídica da matéria pela edição de outras normas, “não gerais”, a serem editadas pelos demais entes federativos, no desempenho das competências próprias que lhes cabem, seja com fundamento nos arts. 24 e 25, §1º, da CF – no caso dos Estados-membros – ou no art. 30, II, da CF – no tocante aos Municípios.

Desse modo, o relator enfatizou que se deve analisar se a norma é de fato “específica” para se compreender se se trata de invasão de competência da União, visto que há margem para a elaboração normativa em matéria de licitação por parte dos estados e municípios. O ministro Teori sustentou que o conceito de normas gerais é indeterminado por natureza e para compreendê-lo é preciso observar o caso concreto, não sendo possível seu entendimento em abstrato. Afirmou também que para a validação da generalidade de uma norma se deve fazer um teste de duas fases: i) identificar as normas gerais no modelo estabelecido; ii) verificar a compatibilidade, direta e indireta, entre as normas gerais nacionais e as locais.

Em relação à primeira etapa do teste, o relator indicou que já há na norma geral disposições referentes a requisitos para participação dos procedimentos licitatórios; art. 37, XXI da CRFB. Em relação à segunda etapa do teste, apontou que a disposição sobre a CVDC “foi concebida como documento essencial para a habilitação de fornecedores em todas as licitações ou contratos cujo

---

<sup>26</sup> STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade XXX. P. 15 Disponível [aqui](#).

valor total exceda a cinquenta UFERMS (unidade fiscal estadual de referência de Mato Grosso do Sul)<sup>27</sup>, não tendo, portanto, característica de norma específica, mas geral. Desse modo, a norma discutida não teria fundamento específico, pois potencialmente seria aplicada em diversos contratos estaduais, o que a caracterizaria como norma geral. O ministro Fachin seguiu o relator, mas se respaldou no art. 27 da Lei 8.666, que disciplina quais documentos serão exigidos em procedimentos licitatórios. O Ministro Luiz Fux acompanhou o relator, mas apontou que acreditava se tratar de inconstitucionalidade material, pois a exigência da CVDC comprometeria a competitividade dos procedimentos licitatórios, violando o princípio da eficiência e da economicidade.

O Ministro Marco Aurélio divergiu, pois acreditava se tratar de norma no sentido de defender o consumidor, não havendo, portanto, invasão da competência da União em matéria de licitação. O Ministro afirmou que por se tratar de norma de defesa do consumidor, que é valor amparado pela Constituição, haveria o legislador estadual atuado segundo a razoabilidade e proporcionalidade. No entanto, juntamente com o Ministro Celso de Mello, que seguiu o dissenso, o decano Marco Aurélio ficou vencido, sendo a lei considerada inconstitucional por invadir competência da União para legislar sobre normas gerais.

## 7. Produção e Consumo e Defesa do Consumidor

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

V - produção e consumo;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, **ao consumidor**, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

O art. 24, V, da Constituição, traz a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo e no art. 24, VIII sobre responsabilidade por danos ao consumidor, matérias que diversas vezes são discutidas conjuntamente e se tangenciam. Como leciona o §§1º e 2º desse dispositivo, a competência da União se limita ao estabelecimento de normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos estados, e, quando não houver qualquer legislação sobre a matéria, estes exercerão competência legislativa plena.

Em matéria de produção, consumo e defesa do consumidor, existem diversas legislações federais, como a Lei nº 8.078/90, que trata mais especificamente da defesa do consumidor, mas dispõe também sobre produção e consumo. Essa lei é bastante detalhada e traz diretrizes às relações de consumo ao expressamente indicar a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de sua defesa pela ação governamental (art. 4º, I e II). Além dessas diretrizes gerais, que podem ser vistas na atribuição de direitos básicos ao consumidor, importância da proteção à saúde e

---

<sup>27</sup> STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade XXX. P.17. Disponível [aqui](#).

segurança, por exemplo, podem ser encontradas algumas minúcias criadas pelo legislador federal ao fixar rol de cláusulas abusivas (art. 51) e as sanções a serem impostas (art. 56) em caso de desrespeito ao consumidor. Como se trata de matéria que traz diversos desdobramentos, existem diversas outras normas sobre produção e consumo e defesa do consumidor, algumas delas são discutidas nos casos adiante.

Em 1999, no julgamento da ADI 1.980/PR, ainda em sede de medida cautelar, o Supremo decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 12.420/99 do Paraná, que dispunha sobre prestação de informações sobre a precedência e qualidade de combustíveis comercializados em postos revendedores, entendimento que foi mantido no julgamento principal. A ação havia sido proposta pela Confederação Nacional do Comércio (“CNC”), apontando inconstitucionalidade da lei por violação à competências privativas da União referentes a direito comercial e penal, combustíveis e livre iniciativa (art. 22, I, IV, XII, 170, 177, I, III, §§1º e 2º, 238). O governador do estado apontou que a lei em questão objetivava a proteção ao consumidor, configurando competência atribuída também aos estados na CRFB 88.

O Advogado Geral da União à época, Min. Gilmar Mendes, defendeu não haver inconstitucionalidade, concordando com a defesa apresentada pelo governador do Paraná e apontando que não haveria invasão de competência por parte do estado, pois à União somente caberia a legislação sobre normas gerais, e a norma em discussão preenchia lacunas deixadas pelo legislador federal.

O Ministro relator, Sidney Sanches, compreendeu que em princípio, por se tratar de julgamento cautelar, tratava-se de competência legítima dos estados de suplementar a legislação sobre produção e consumo e sobre responsabilidade por dano ao consumidor presentes no art. 24, V e VIII, §§1º e 2º da CRFB. O ministro apontou que o CDC, no art. 55 traz explicitamente o caráter concorrente de normas que imponham proteção ao consumidor.

Na ação principal, julgada em 2009, o ministro relator, Cezar Peluzo afastou todas as inconstitucionalidades apresentadas pela CNC, e, afirmou que<sup>28</sup>:

Cumpram ao Estado legislar concorrentemente, de forma específica, adaptando as normas gerais de “produção e consumo” e de “responsabilidade por dano ao (...) consumidor” expedidas pela União às peculiaridades e circunstâncias locais. E foi o que fez a legislação impugnada, pretendendo dar concreção e efetividade aos diretamente da legislação federal correlativa, em tema de comercialização de combustíveis.

A ação principal considerou a lei paranaense constitucional por unanimidade, reconhecendo a competência estadual para suplementar a competência da União em matéria de produção, consumo e proteção dos direitos dos consumidores.

---

<sup>28</sup> STF. ADI 1980/PR. Disponível [aqui](#).

Na ADI 2.832-4/PR, julgada em 2008, o STF foi chamado a discutir a constitucionalidade da Lei nº 13.519/02 do Paraná, que tornava obrigatória a informação, por meio de selos, do percentual de cada espécie vegetal presente no café comercializado no estado. A constitucionalidade da lei foi questionada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) por violação ao princípio da livre iniciativa e o pleno exercício da atividade econômica (art. 170, IV da CRFB/88), pela invasão de competência privativa da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual (art. 22, I e VIII da CRFB/88) e por atribuir a Associação Paranaense de Cafeicultores ("APAC") o poder de polícia por delegação da fiscalização dos produtos, desrespeitando o dispositivo constitucional que atribui à administração pública o poder de fiscalizar (art. 174). O governador do estado do Paraná e a assembleia legislativa apontaram não haver usurpação de competência, pois a norma objetivava garantir aos consumidores o direito à informação sobre o produto e não haveria delegação do poder de polícia, pois a APAC seria competente somente para emitir o selo de qualidade. No mesmo sentido o PGR e o AGU se manifestaram, apontando que a lei seria constitucional por dispor tão somente sobre o direito dos consumidores à informação, não configurando usurpação por não se tratar de norma geral.

O ministro relator, Ricardo Lewandowski, concordou com os argumentos pela constitucionalidade da norma, afirmando se tratar de proteção ao consumidor, adicionando mais informações sobre as características do produto. O relator indicou que o CDC, no art. 6º, III, assegura ao consumidor o direito a "informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem". O ministro Menezes seguiu o relator e afirmou que configura plenamente competência estadual no âmbito do art. 24, V<sup>29</sup>:

Tenho manifestado, sempre, com muita insistência, que temos de fazer até mesmo uma grande revisão do princípio federativo brasileiro, que ao longo do tempo esta Suprema Corte, no tocante a constituições anteriores, estreitou, a meu ver, demasiadamente. E, agora, diante da Constituição dos anos 80, tenho como necessário fazer uma revisão para ampliar a natureza federativa do Estado brasileiro.

Assim, além de concordar com o relator, Menezes Direito afirmou haver a necessidade de ampliação das competências constitucionalmente conferidas a estados, municípios e Distrito Federal pela via jurisdicional, sendo esse o caso para a competência presente no art. 24, V, da CRFB/88.

Em 2014 o STF discutiu a constitucionalidade da Lei 2.149/09 do Acre na ADI 4954/AC. A lei acreana, que trata de comercialização de artigos de conveniência em farmácias e drogarias,

---

<sup>29</sup> ADI 2832, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-01 PP-00170 RTJ VOL-00205-03 PP-01107 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 63-87 RCJ v. 22, n. 142, 2008, p. 89.

foi contestada pelo PGR, porque invadiria a competência da União para legislar sobre normas de proteção a saúde, além de desrespeitar a competência da Anvisa, que já havia vedado a comercialização desses itens na Resolução 328/99.

De imediato, houve a discussão sobre o significado do art. 24, XII, da Constituição, ou seja, sobre a usurpação de competência sobre normas gerais em relação a “previdência social, proteção e defesa da saúde”. Entretanto, o relator, ministro Marco Aurélio, apontou não se tratar de matéria de proteção e defesa da saúde, mas de venda de produtos, mais especificamente comércio local. Entendeu, o relator, por se tratar de comércio de itens de conveniência ser competência estadual, nos moldes do art. 25, §1º, sendo, portanto, competência legislativa cabível aos estados-membros.

O Ministro Luís Roberto Barroso complementou se tratar, não apenas de matéria sobre proteção à saúde, mas também de produção e consumo, sendo respaldada pelo art. 24, V, da CRFB. Nesse aspecto, a União já havia exercido sua competência ao editar a Lei nº 5.991/73, mas no sentido de dispor sobre comercialização de drogas e medicamentos, não estando a lei estadual em confronto com a mesma. Apontou Barroso, que mesmo que a Anvisa já houvesse regulado pela impossibilidade de comercialização de itens de conveniência em farmácias, o estado não estaria usurpando a competência federal, pois subsiste sua competência suplementar, conforme disposto no art. 24, §2º. Desse modo, a corte compreendeu, por unanimidade, que a lei estadual não estaria configurando norma geral sobre produção e consumo, sendo, portanto, constitucional.

Mais recentemente, em 2018, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar na ADI 4512/MS. A ação discutia a Lei nº 3.885/10 do Mato Grosso do Sul, que torna obrigatória às operadoras de planos de saúde atuantes no estado o fornecimento ao consumidor de informações em caso de negativa de custeio de assistência médica. Na ADI, ajuizada pela Associação Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas), afirmou-se que a inconstitucionalidade consistiria na invasão de competência da União por parte do estado ao legislar sobre direito civil, comercial e política de seguros. A Unidas sustentou também que a lei adentrava contratos de natureza privada, novamente ferindo a competência da União para legislar sobre direito civil.

A relatora do caso, ministra Carmen Lúcia, afastou a usurpação de competência alegada, pois, a edição da lei haveria seguido competência legislativa nos termos da Constituição, tratando-se de norma de defesa do consumidor, nos moldes do art. 24, VIII. Indicou, ainda, que o legislador respeitou a norma geral; Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), configurando exercício de competência legislativa suplementar. A ministra apontou que a norma estaria seguindo estritamente o art. 5º, XXXII da CRFB, dispondo sobre proteção e prestação de informação ao consumidor. Ela apontou que o Supremo deveria privilegiar competência legislativa dos estados para editar normas que defendam os consumidores. A relatora foi seguida integralmente pelos demais ministros da corte.



## **8. Contribuições dos precedentes acima para o entendimento da extensão e limites à competência da União Federal em matéria de saneamento**

Após a breve análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da competência sobre licitação e contratação (art. 22, XXVII), sobre produção e consumo e defesa dos consumidores (art. 24, V, VIII), pode-se observar que a compreensão da abrangência do termo “normas gerais” não é evidente.

Os entendimentos da Corte demonstraram a fluidez do conceito e como ele é casuístico e não pode ser vislumbrado com um viés único. Quando se trata de licitação, a jurisprudência do STF aponta para um conceito mais abrangente de norma geral, ao passo que, em se tratando de normas sobre produção e consumo e defesa do consumidor há uma tendência a considerar as normas de competência estadual mais livres para trazer especificações e até mesmo repetir dispositivos constantes nas normas federais sem incorrer numa norma geral. Nesse caso, embora o código de defesa do consumidor disponha sobre vários pontos e obrigações, a corte tem decidido, inclusive por unanimidade mesmo com formações distintas, no sentido de reforçar a proteção ao consumidor, visto que esse princípio encontra amparo também no art. 5º, XXXII, Constituição Federal.

O que se quis apontar foi que não é possível discutir o significado de competência sobre normas gerais num só sentido, pois, conforme se demonstrou, apesar de a doutrina apresentar conceituação clara e pacificada sobre os critérios para a configuração desse tipo de norma, a jurisprudência é mais diversa. Conforme mencionou o ministro Teori Zavascki, por se tratar de conceito indeterminado por natureza, somente a análise do caso concreto pode trazer luz a sua constitucionalidade ou não. Assim, não parece factível aprioristicamente questionar a constitucionalidade do conteúdo de norma que atribua mais competências à União em matéria de saneamento básico por não configurar norma geral, pois não há amparo jurisprudencial para tanto e tampouco constitucional, sendo plenamente factível conferir mais papel à União por meio da ANA.

## **9. Conclusão**

Por meio da Lei nº 14.026/2020 o Poder Executivo buscou atribuir a si mesmo mais responsabilidades em matéria de saneamento, amparando-se em sua competência para instituir diretrizes gerais na forma do art. 21, XX, da CRFB. Entretanto, a iniciativa não agradou aos entes subnacionais, que enxergaram na medida uma usurpação de competência que eliminaria a autonomia municipal. Os argumentos trazidos pelos municípios se baseiam em discussões do STF que firmaram entendimento na competência destes sobre saneamento básico em detrimento do estado, mas não houve manifestação da corte sobre qual a extensão da competência federal nessa matéria.

O marco regulatório criado pela Lei no. 11.445/07 configurou exercício da competência prevista no art. 21, XX, no entanto, ainda há dificuldade por parte de diversos entes subnacionais em exercer sua competência se amparando nessa norma. É preciso observar o histórico setorial, reconhecer que os municípios demandam mais auxílio do que somente financeiro e que a lei de saneamento básico foi insuficiente para dar suporte aos entes mais necessitados, visto que alguns municípios demandam mais ajuda do que outros. Com base nesses aspectos é que se deve dar amparo às discussões setoriais: a maior parte dos municípios brasileiros demanda auxílio não apenas financeiro em matéria de saneamento básico; como a federação pode se ordenar para dar assistência a esses entes – essa discussão não necessariamente passa pela repartição de competências, mas essa foi o caminho escolhido pelos agentes políticos.

Diante das análises de jurisprudência estudadas, observou-se que não há latente inconstitucionalidade em atribuir competências à ANA em matéria de saneamento básico, conforme apontado por diversos agentes do setor, o que evidencia que defender essa tese é uma opção deliberada, sobretudo daqueles que tem receio de perder espaço para exercício de tal competência. As normas que serão instituídas pela ANA, além do caráter facultativo, devem genéricas, de modo que seu cumprimento não fique impossibilitado pelas peculiaridades locais. Não se compreende pelo texto da lei, conforme acusam os agentes setoriais, que as diretrizes seriam obrigatórias e desrespeitariam a criatividade e distinções locais.

Por todo o exposto, parece positivo e constitucionalmente possível que a União exerça de maneira mais ativa seu papel de instituidor de diretrizes gerais em matéria de saneamento. Entretanto, somente a manifestação do STF sobre a extensão dessas competências será capaz de pacificar a questão, visto que não existem evidências consistentes de que atribuir mais competências à União em matéria de saneamento estaria em desacordo com a CRFB, e somente essa instituição, intérprete máxima da Carta Magna, pode clarificar essa possibilidade.

# Responsabilidade ambiental e saneamento básico: uma análise de aspectos civis, penais e administrativos a partir das novas contratações incentivadas pela Lei Federal 14.026/2020

---

Fabiana Figueiró<sup>1</sup>  
Emília Malacarne<sup>2</sup>

## 1. Introdução

As atividades de saneamento básico refletem diretamente na qualidade ambiental, sendo inegáveis os benefícios decorrentes da prestação eficiente dos serviços de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Contudo, tendo em vista a vasta legislação voltada à proteção dos recursos naturais e as repercussões ambientais decorrentes da operação inadequada de tais serviços, os agentes públicos e privados atuantes na área precisam estar atentos às várias formas de responsabilização legal que podem incidir sobre sua conduta.

Em um contexto de ingresso de novos atores na prestação dos serviços em função das oportunidades de investimentos privados trazidas pela Lei Federal 14.026/2020, é salutar considerar em tais projetos a gama de infrações e sanções previstas pela legislação com o fim de proteger o meio ambiente e evitar a poluição, aplicáveis a pessoas físicas e jurídicas, em decorrência não só de danos decorrentes de condutas atuais, mas também em função de ações ocorridas no passado.

Para tratar do tema, o presente artigo se dispõe a abordar os conceitos que envolvem o regime de responsabilidade em matéria ambiental nas esferas civil, penal e administrativa e, a partir disso, cotejá-los com os dispositivos legais que geram riscos de responsabilização aos agentes do setor. Esta análise será feita com foco nas características das operações próprias dos serviços de saneamento básico, partindo da perspectiva de novos prestadores de serviço que poderão assumir serviços em desenvolvimento por meio de processos licitatórios, conforme incentivado pela novel legislação.

---

<sup>1</sup> Sócia da área de Direito Ambiental de Souto Correa Advogados. Mestre em Direito Ambiental.

<sup>2</sup> Sócia da área de Direito Penal Empresarial e Compliance de Souto Correa Advogados. Mestre em Ciências Criminais e especialista em Direito Penal Empresarial.

## **2. A tríplice responsabilidade em matéria ambiental**

A proteção jurídica do meio ambiente no Brasil prevê a tríplice responsabilidade – administrativa, civil e criminal – das pessoas físicas e jurídicas, por danos ambientais. Isso significa dizer que o mesmo fato causador do dano ambiental pode ter consequências nas três esferas citadas, de maneira independente, tanto para as pessoas naturais, quanto para as pessoas jurídicas.

Esse modelo está assentado na Constituição Federal de 1988, a qual tratou de reservar um capítulo específico ao meio ambiente, deixando expresso, no artigo 225, §3º que “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

No âmbito de cada uma das esferas de responsabilidades, tem-se um arcabouço legal independente, formado por leis federais gerais e específicas, regulamentos infralegais (como decretos, resoluções e portarias), além da doutrina e jurisprudência relacionada. Nessa perspectiva, importa discorrer sobre cada uma das esferas e refletir em que medida se relacionam com os serviços de saneamento básico, tendo como principal panorama a tendência de ingresso de novos agentes na prestação dos serviços.

No tópico a seguir, trataremos dos critérios de responsabilidade civil ambiental, considerando que as atividades de saneamento envolvem operações que causam intervenção direta no meio ambiente, tais como a construção e manutenção de emissários de efluentes, estações de bombeamento e tratamento de água e esgoto, lagoas de estabilização, áreas de transbordo de resíduos sólidos urbanos e aterros sanitários, dentre outros. Em um segundo momento, após tratar das responsabilidades penais e administrativas que envolvem tais atividades, abordaremos, ainda, os cuidados a que agentes privados interessados em participar das novas contratações devem estar atentos.

## **3. Saneamento Básico e Responsabilidade Civil Ambiental**

A responsabilidade civil ambiental visa à reparação do dano ambiental, por meio da recuperação in natura do ambiente, de compensação ambiental ou de pagamento de indenizações, consoante a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81)<sup>3</sup>.

Um dos pontos centrais do modelo de responsabilização civil ambiental consiste no seu caráter objetivo e solidário (arts. 14, § 1º e 3º, IV da Lei 6.938/81). É objetiva porque independe de culpa, bastando que seja provado o dano e o nexo de causalidade (relação de causa e efeito) entre a atividade e o dano, ou seja, uma ação ou omissão que, direta ou indiretamente, tenha

---

<sup>3</sup>Art. 14–[...]§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

contribuído para a ocorrência do dano ambiental. É solidária porque toda a responsabilidade poderá ser exigida de qualquer um dos agentes que tenham contribuído para o evento danoso (ainda que tal contribuição decorra de uma omissão frente ao dever de cuidado), remanescendo àquele de quem foi exigida a reparação o direito de regresso contra os demais envolvidos (direito de reaver do agente responsável pelo dano o custo havido com as medidas de reparação ou o montante pago a título de indenização).

A reparação do dano ambiental no âmbito da responsabilidade civil pode ser buscada daqueles considerados “poluidores”, sendo que a Lei 6.938/81 considera poluidor a “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Assim, conforme aponta a doutrina *“tanto aquele que concorre diretamente para o desabrochar do dano como aquele cuja atividade, indiretamente, representa uma possível condição sem a qual ele talvez não tivesse ocorrido respondem solidariamente pela obrigação de repará-lo por inteiro”*<sup>4</sup>.

Veja-se que o STJ inclusive amplia o conceito de poluidor no âmbito da solidariedade e flexibiliza o nexo causal (liame entre a conduta e o dano) ao decidir que *“para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem”*<sup>5</sup>. Nesse sentido, conforme vem decidindo o STJ, em caso de danos ambientais, é livre a escolha daquele que figurará como réu em ação buscando reparação de danos ambientais<sup>6</sup>.

Há, ainda, um fator que reforça a tese da responsabilidade, qual seja, a teoria do risco integral, que afasta a alegação de culpa exclusiva de terceiro como excludente de responsabilidade e que imputa o dever de reparar independente de a poluição ter se dado em função de ato ilícito<sup>7</sup>.

No que tange à reparação, a jurisprudência, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), posiciona-se no sentido de que as obrigações de reparar e indenizar em função dos danos causados podem ser exigidas de forma cumulativa<sup>8</sup>. Além disso em matéria ambiental, a tendência

---

<sup>4</sup> MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 446. Disponível [aqui](#).

<sup>5</sup> STJ, 2ª Turma, REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23/10/2007, DJe 02/12/2009.

<sup>6</sup> “Nos danos ambientais, a regra geral é o litisconsórcio facultativo, por ser solidária a responsabilidade dos degradadores. O autor pode demandar qualquer um deles, isoladamente, ou em conjunto pelo todo, de modo que, de acordo com a jurisprudência do STJ mais recente, não há obrigatoriedade de formar litisconsórcio passivo necessário com os adquirentes e possuidores dos lotes”. REsp 1826761/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 29/10/2019.

<sup>7</sup> STJ, ementário de jurisprudência. Tese 10: “A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 534-C do CPC)”

<sup>8</sup> PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICENCIAMENTO E DANO AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO EM DISPOSITIVO LEGAL APTO A SUSTENTAR A TESE RECURSAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES. POSSIBILIDADE. [...] III - Esta Corte tem entendimento consolidado segundo o qual é possível a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar nos casos de lesão ao meio ambiente, contudo, a necessidade do cumprimento de obrigação de pagar quantia deve ser aferida em cada situação analisada. [...] (AgInt no REsp 1766544/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2019, DJe 09/10/2019).

é haver a inversão do ônus da prova, sendo do réu a tarefa de provar na ação judicial que não causou danos ao meio ambiente.

Assim, tem-se que na esfera civil, haverá o risco de ser buscada a responsabilidade contra um ou contra todos os envolvidos na atividade que tenham contribuído, ainda que indiretamente, para o dano e requerer-se, a partir disso, a recuperação da área somada – ou não - à indenização ou compensação.

Dentre os principais instrumentos para a efetivação da responsabilização estão os inquéritos civis públicos, procedimentos administrativos voltados a apurar condutas lesivas ao meio ambiente, conduzidos pelo Ministério Público. A partir do inquérito civil, poderá ser proposta a assinatura de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, conforme prevê a Lei 7.347/1985. Outro meio bastante utilizado é o ajuizamento de ações civis públicas, que comumente tem o Ministério Público como autor.

Interessa dizer, ainda, que a jurisprudência tem entendido que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere ao imóvel, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar do atual proprietário ou mesmo do possuidor (como o locatário, o arrendatário ou o concessionário<sup>9</sup> em função de danos provocados pelos antigos proprietários e possuidores. Tal entendimento foi reafirmado na Súmula nº 623 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual “As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor”.

Feitas as ponderações acima sobre as possibilidades de responsabilização na esfera civil, o presente artigo discorrerá sobre as responsabilidades penal e administrativa e, ao final, tratará sobre os cuidados que podem ser adotados pelos novos atores como forma de mitigação de riscos.

#### 4. Saneamento básico e responsabilidade penal ambiental

A responsabilidade penal ambiental, diferentemente da responsabilidade civil, é pessoal e subjetiva, ou seja, para que haja responsabilização criminal, é necessário que se identifique aquele que, com dolo ou culpa, agiu ou omitiu-se para contribuir para o resultado danoso<sup>10</sup>. É necessário, ainda, que se comprove o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do sujeito e o resultado

---

<sup>9</sup> [...] 3. No Direito brasileiro e de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador - público ou privado -, proprietário ou administrador da área degradada, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura* e do “favor debilis”. Precedentes: RESP 1.307.938/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 16/9/2014; RESP 1.247.140/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 22/11/2011 (grifei); AGRG no RESP 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12/3/2014, e EDCL no AG 1.224.056/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 6.8.2010. 4. Na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, a natureza jurídica *propter rem* das obrigações ambientais não exclui a solidariedade entre os vários sujeitos implicados - proprietário, possuidor, administrador, contratados, terceiros envolvidos, etc. -, nos termos do art. 942, caput, do Código Civil e do art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81.[...] (STJ; REsp 1.400.243; Proc. 2013/0283958-2; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 08/11/2016; DJE 26/08/2020)

<sup>10</sup> REALE JR., Miguel. Fundamentos de direito penal. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 31.

obtido, conforme preconiza o art. 13 do Código Penal<sup>11</sup>.

Para além das regras gerais previstas no Código Penal, a responsabilidade penal ambiental vem especialmente regulamentada pela Lei Federal nº 9.605/98 (“Lei de Crimes Ambientais – LCA”). Esta lei dispõe, em seu art. 2º, que será criminalmente responsabilizado quem, de qualquer forma, contribuir para a prática de crimes contra o meio ambiente, bem como o diretor, gerente, membro do conselho ou o representante legal de uma pessoa jurídica, que, ciente do comportamento criminoso de outro, deixa de impedir a sua prática, quando poderia agir para evitá-la.

Referido dispositivo legal visa a ampliar o leque de possibilidades de responsabilização criminal por omissão, uma tendência que tem-se intensificado diante do cenário de expansão do direito penal no âmbito empresarial<sup>12</sup>. Suas disposições não destoam da previsão do art. 13, parágrafo 2º, do Código Penal, que estabelece as hipóteses de responsabilidade penal por omissão imprópria. Assim, além de punir o agente que pratica uma ação criminosa, a legislação penal sanciona, na mesma medida, aquele que deixa de evitar a prática de um crime, quando devia e podia agir para evitá-la (posição de *garante*).

Para que a omissão seja penalmente relevante e, dessa forma, punível, é necessário que o agente: a) esteja incumbido de um dever de cuidado, proteção ou vigilância legalmente previsto (art. 13, §2º, a, CP); b) tenha assumido o controle sobre uma fonte de perigo (dever de vigilância) ou da proteção a um bem jurídico (dever de proteção) (art. 13, §2º, b, CP); ou c) tenha criado uma situação de risco com seu comportamento anterior (art. 13, §2º, c, CP)<sup>13</sup>. Adicionalmente, com relação às pessoas mencionadas no art. 2º da LCA (diretor, gerente, etc.), é necessário que tenham conhecimento da prática de crime ambiental no âmbito da empresa.

Em todas as hipóteses, seja por ação ou por omissão, deve haver a demonstração tanto do nexo causal entre a conduta e o resultado, quanto do elemento subjetivo (*dolo* ou *culpa*) do agente, haja vista a vedação à responsabilidade penal objetiva em nosso ordenamento jurídico (ao contrário do que ocorre na esfera civil). Embora a lei preveja que somente serão sancionadas as condutas que preencham os requisitos acima, não raras vezes se verifica a busca da responsabilização penal pelas autoridades ambientais de agentes públicos e privados, ainda que não preenchidas as condições mencionadas.

A LCA, de forma inovadora, regulamenta, ainda, as hipóteses de responsabilização penal de pessoas jurídicas, a quem se aplicam os mesmos princípios acima referidos. Quanto a este ponto, após idas e vindas, em 2013, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de adotar o modelo de autorresponsabilidade dos entes coletivos, isto é, passou a admitir que a responsabilização de pessoas jurídicas possa ser levada a cabo independentemente

---

<sup>12</sup> Sobre a expansão do direito penal econômico: RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal económico: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019.

<sup>13</sup> Para maior aprofundamento, vide ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal dos dirigentes de empresa por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

da identificação da pessoa natural responsável pela conduta no âmbito da empresa<sup>14</sup>. Assim, verificada a ocorrência de um ilícito penal no âmbito corporativo, a empresa poderá ser responsabilizada pelo delito, ainda que, em razão da complexidade da organização empresarial, não se identifique(m) a(s) pessoa(s) física(s) responsável(is) pela conduta.

Quanto às penas previstas na LCA, a pessoa natural pode ser condenada a penas privativas de liberdade ou restritivas de direito (ex.: prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, entre outros) e multa, que será calculada com base na capacidade econômica do infrator (art. 6º, III, LCA). Já a pessoa jurídica estará sujeita a penas restritivas de direito, como a suspensão parcial ou total das atividades e a proibição de contratar com o Poder Público, além de prestação de serviços à comunidade e multa (art. 21 e seguintes, LCA).

Em se tratando da prestação de serviços de saneamento básico, há uma série de condutas que podem ensejar a responsabilidade penal de pessoas físicas e jurídicas. Em tese quaisquer dos crimes contra a fauna e a flora previstos na LCA podem ser praticados em atividades de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos. No entanto, uma análise de riscos do setor permite selecionar alguns tipos penais específicos que apresentam maior potencial de incidência sobre as atividades próprias da área. Dentre eles, ganha ênfase o crime de poluição, previsto no art. 54 da legislação ambiental<sup>15 16</sup>.

---

<sup>14</sup> Esse posicionamento foi firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 548.181/PR, julgado pela 1ª Turma do STF, de Relatoria da Min. Rosa Weber, que restou assim ementado: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

<sup>15</sup> Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. §2º Se o crime: I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; IV - dificultar ou impedir o uso público das praias; V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

<sup>16</sup> Cita-se, ainda, o risco de responsabilidade criminal envolvendo atividades de saneamento a partir do previsto no art. 56



Segundo o referido tipo penal, é crime punível de 1 a 4 anos de reclusão e multa a conduta de “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”.

Note-se que, para a consumação do crime de poluição, não é necessário que haja dano ambiental (ou à saúde humana) efetivo, bastando que se verifique o risco de dano<sup>17</sup>. Entretanto, importante atentar ao entendimento doutrinário de que a expressão “em níveis tais” indica a necessidade de tratar-se de quantidade de poluentes capaz de resultar em lesão<sup>18</sup>. Isso significa que só haverá o delito se ocorrer poluição em níveis elevados, que resultem (crime de dano) ou possam resultar (crime de perigo concreto) danos à saúde humana, mortandade de animais (silvestres, domésticos ou domesticados), ou destruição significativa da flora<sup>19</sup>, o que deverá ser comprovado por meio de perícia técnica. Nesse sentido, já manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO ART. 54, § 2º, V, DA LEI N. 9.605/1998. POTENCIALIDADE LESIVA DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA. IMPRESCINDÍVEL PROVA DO RISCO DE DANO. CRIME NÃO CONFIGURADO.

1. O delito previsto na primeira parte do art. 54 da Lei n. 9.605/1998 exige prova do risco de dano, sendo insuficiente para configurar a conduta delitiva a mera potencialidade de dano à saúde humana.
2. Em razão da necessidade de demonstração efetiva do dano mediante a realização de perícia oficial, merece reforma o acórdão recorrido.

---

da Lei 9.605/98, especialmente a partir das alterações trazidas pela Lei 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) quanto ao §1º, inc. II, que assim dispõe:

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - abandona os produtos ou substâncias referidos no caput ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança; II - manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento. § 2º Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço. § 3º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

<sup>17</sup> Nesse sentido, já se pronunciou o STJ: “Outrossim, “de acordo com o entendimento deste Tribunal, a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54 da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é idônea a configurar o crime de poluição, evidenciada sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato” (RHC 62.119/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 5/2/2016).

(...) Desse modo, nesse momento processual [recebimento da denúncia], o delito em questão dispensa resultado naturalístico e a potencialidade de dano da atividade descrita na denúncia é suficiente para caracterizar o crime de poluição ambiental, independentemente de laudo específico para a comprovação do dano grave e irreversível ao meio ambiente”. (STJ - EDcl no RHC: 91358 RJ 2017/0285139-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 23/04/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/04/2019)

<sup>18</sup> PRADO, Luiz Régis Prado. Crimes contra o Ambiente. “Já o termo em níveis tais exprime um certo quantum – suficiente –, elevado o bastante para resultar ou poder resultar em lesão à saúde humana (p. 148)”.

<sup>19</sup> GOMES, L. F.; MACIEL, S. Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/1998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 231.

### 3. Recurso especial provido<sup>20</sup>.

Sublinha-se, ainda, que o crime de poluição admite a modalidade culposa da conduta (parágrafo 1º do art. 54, LCA). Isso significa que será responsabilizado, também, o agente que, por negligência, imprudência ou imperícia, der causa ou, de qualquer forma, contribuir para o resultado.

O crime de poluição, no âmbito do serviço de saneamento básico, pode ser deflagrado em situações que envolvam, principalmente, o tratamento ineficiente de efluentes, inclusive quanto ao não atendimento de determinados padrões e parâmetros de lançamento previstos em normas infralegais, como as Resoluções nº 357/2005 e 430/2011 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, ou, ainda, no caso de contaminação de área urbana ou rural em decorrência da disposição inadequada de resíduos sólidos. Como o conceito de poluição é amplo, muitas vezes as autoridades consideram os critérios previstos na legislação estadual como padrões que, se descumpridos, podem caracterizar poluição.

Diante das inovações trazidas pela Lei 14.026/2020 de incentivo ao ingresso de novos atores no sistema, é importante fazer a ressalva de que, no âmbito criminal, somente responderá pelos danos (ou pelos riscos de danos) aquela empresa e/ou pessoa física que deu causa a esses. Assim, a priori, os prestadores de serviço que vierem a assumir operações de empreendimentos que tenham gerado poluição anteriormente ao início da relação contratual não são passíveis de sanção penal. Em outras palavras, diferentemente de outras esferas do direito, uma empresa que assume determinada concessão ou contrato não deverá responder criminalmente por áreas contaminadas pré-existentes ou pela poluição em corpos hídricos havidas no passado.

Não obstante, frente ao cenário de crescente insegurança jurídica em matéria penal enfrentado no país, determinadas situações podem ensejar risco de persecução penal dos novos operadores. Embora seja inquestionável que a empresa, seus responsáveis e funcionários não poderão ser responsabilizados por danos decorrentes exclusivamente da conduta de seus antecessores, se medidas não forem adotadas no sentido de corrigir, imediatamente, o passivo por eles deixado, pode-se cogitar a responsabilização dos novos operadores por omissão, ainda que na modalidade culposa, na medida em que contribuirão para a manutenção ou agravamento do dano ou do risco de dano ambiental.

Todas essas circunstâncias apontam para a necessidade de avaliação de riscos e planejamento de medidas corretivas, de modo a mitigar a potencial incidência da lei penal sobre os novos prestadores de serviço de saneamento. Serão abordados no tópico final deste artigo alguns cuidados relevantes à proteção de novos investidores na área. Antes disso, entretanto, interessa tratar sobre o regime de responsabilização na esfera administrativa ambiental.

---

<sup>20</sup> REsp 1417279/SC, STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 22/09/2015.

#### 4. Saneamento básico e responsabilidade administrativa ambiental

Finalmente, a responsabilidade administrativa ambiental pode ser imposta pelos órgãos da administração pública, incluindo autoridades ambientais licenciadoras, àqueles que infringirem as normas de proteção ao meio ambiente, estando dentre as principais sanções na via administrativa a advertência; multa simples; multa diária; apreensões de produtos e equipamentos; embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas; suspensão parcial ou total das atividades e restrições de direitos como cancelamento de registro, licença ou autorização, perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais e/ou de financiamentos.

Pode-se dizer que a sanção mais comumente aplicada é a multa, sendo que embargos ou suspensões de atividades ocorrem em casos extremos e tendem a se relacionar restritamente com os locais ou atividades irregulares que fazem parte da operação. O valor da multa simples pode variar entre R\$ 50,00 (cinquenta reais) e R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), dependendo da gravidade dos fatos, da situação econômica do infrator e dos antecedentes relacionados ao descumprimento de legislação ambiental. No caso das atividades de saneamento, tendo em vista seu caráter essencial, tendem a ser menores os riscos de suspensão abruptas das atividades como forma de medida administrativa cautelar, embora possam ocorrer especialmente em situações de risco ao meio ambiente ou à saúde.

Ao contrário da esfera civil, para fins de responsabilização administrativa ambiental, a doutrina e os tribunais vêm entendendo pela necessidade de demonstração de culpa ou dolo para imputação de sanções (regime da responsabilidade subjetiva), consistente na demonstração de imprudência, negligência ou imperícia do transgressor.

Neste sentido, o STJ já decidiu que não se admite na esfera administrativa que “terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem”, devendo haver o exame do caso concreto com a inequívoca inexistência de participação direta do agente no acidente que der causa à degradação ambiental<sup>21</sup>. Por isso, em tese, aqueles que assumirem os serviços de saneamento sofrem menor risco de responder administrativamente pelas infrações ambientais causadas preteritamente. Contudo, importante atentar se a empresa que inicia a operação dará continuidade às condutas infracionais cometidas pelo antecessor, ocasião em que poderá responder administrativamente.

Logo, será importante atuar para evitar que eventual ação ou omissão anteriormente praticada seja indicada como contribuinte para um dano ambiental ou signifique descumprimento da legislação ao tempo do desempenho da atividade pela nova empresa, pois em tais hipóteses poderá lhe ser imputada responsabilidade administrativa.

---

<sup>21</sup> AgInt no AREsp 1458422/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019; REsp 1251697/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012; AgInt no REsp 1828167/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/09/2019, DJe 03/10/2019.

Por isso, é de fundamental importância a documentação de todas as decisões e medidas tomadas pela empresa e seus profissionais, a fim de facilitar a comprovação do agir diligente e para indicar a real autoria de eventual infração administrativa anterior.

Quanto às infrações administrativas legalmente previstas e os procedimentos para apuração, estes podem constar em legislação federal, estadual ou municipal. Em âmbito nacional, cita-se o Decreto nº 6.514/2008. Neste Decreto, destacam-se infrações comumente relacionadas a atividades realizadas na prestação de serviços de saneamento como causar poluição<sup>22</sup>; lançar resíduos sólidos, líquidos ou gasosos ou detritos, óleos ou substâncias oleosas em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou atos normativos e desenvolver atividade em desacordo com a licença<sup>23</sup>.

Ademais, não é incomum que sejam imputados àqueles que passam a ocupar determinado site o dever de adotar medidas de remediação de área previamente contaminada ou de controle e monitoramento da poluição já existente, ainda que sob o cunho de exigências no âmbito do processo de licenciamento, e não de Autos de Infração. Havendo requerimentos desta natureza o seu eventual descumprimento acarreta o risco de infração administrativa pelo não atendimento de exigências legais da autoridade ambiental competente<sup>24</sup>.

Discutidos os principais aspectos que envolvem a responsabilidade administrativa ambiental em matéria de saneamento, passa-se a tratar sobre algumas medidas de prevenção que podem ser adotadas pelas empresas que iniciem a prestação de serviços na área.

---

<sup>22</sup> Art. 61. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da biodiversidade: Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Parágrafo único. As multas e demais penalidades de que trata o caput serão aplicadas após laudo técnico elaborado pelo órgão ambiental competente, identificando a dimensão do dano decorrente da infração e em conformidade com a gradação do impacto.

<sup>23</sup> Art. 62. Incorre nas mesmas multas do art. 61 quem: I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para ocupação humana; II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas ou que provoque, de forma recorrente, significativo desconforto respiratório ou olfativo; III - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas ou que provoque, de forma recorrente, significativo desconforto respiratório ou olfativo devidamente atestado pelo agente autuante; IV - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; [...] IX - lançar resíduos sólidos ou rejeitos em praias, no mar ou quaisquer recursos hídricos; X - lançar resíduos sólidos ou rejeitos in natura a céu aberto, excetuados os resíduos de mineração; [...] XIV - destinar resíduos sólidos urbanos à recuperação energética em desconformidade com o § 1º do art. 9º da Lei no 12.305, de 2010, e respectivo regulamento; [...]

<sup>24</sup> Art. 66. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar estabelecimentos, atividades, obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, em desacordo com a licença obtida ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes: Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Parágrafo único. Incorre nas mesmas multas quem: I - constrói, reforma, amplia, instala ou faz funcionar estabelecimento, obra ou serviço sujeito a licenciamento ambiental localizado em unidade de conservação ou em sua zona de amortecimento, sem anuência do respectivo órgão gestor; e II - constrói, reforma, amplia, instala ou faz funcionar estabelecimento, obra ou serviço sujeito a licenciamento ambiental localizado em unidade de conservação ou em sua zona de amortecimento, ou em áreas de proteção de mananciais legalmente estabelecidas, sem anuência do respectivo órgão gestor; e III - deixa de atender a condicionantes estabelecidas na licença ambiental.

<sup>25</sup> Art. 80. Deixar de atender a exigências legais ou regulamentares quando devidamente notificado pela autoridade ambiental competente no prazo concedido, visando à regularização, correção ou adoção de medidas de controle para cessar a degradação ambiental: Multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

## 6. Saneamento básico e mitigação de riscos de responsabilidades ambientais

A Lei 14.026/2020 trouxe alterações relevantes na Lei 11.445/2007, dentre as quais a previsão de que “[o]s contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033” (art. 11-B). Além disso, dispôs quanto à obrigatoriedade de que a prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, vedando a realização para tanto de contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. Na mesma linha, a referida lei cominou que os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual (art. 10).

Nesse panorama, e conforme já se verifica na prática, a tendência é de um maior volume de operações na área do saneamento na busca do atingimento das metas previstas, além de um forte movimento de ingresso de empreendedores privados na realização dos serviços em andamento, a partir de processos de licitação.

Diante do contexto jurídico de responsabilidades ambientais acima exposto e possivelmente como forma de estimular o ingresso de investidores e a prestação integrada dos serviços, a Lei 14.026/2020 trouxe dispositivo que visa a concentrar nos titulares dos serviços públicos de saneamento as responsabilidades administrativa, civil e penal no caso de prestação regionalizada dos serviços. A prestação regionalizada, em linhas gerais, é uma modalidade de prestação integrada que constitui um dos princípios fundamentais da nova lei com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços. No entanto, tem-se que tal dispositivo deve ser interpretado com cautela à luz da legislação e dos precedentes doutrinários antes mencionados.

Importa destacar, ainda, que muitas das operações em andamento são realizadas há longa data pelos mesmos titulares e que as atividades de saneamento envolvem operações capazes de gerar passivos ambientais quando não realizadas da forma adequada ou em função de incidentes ocorridos. Por isso, é importante que os novos prestadores de serviços ou interessados em desenvolvê-los tenham mapeados os riscos de responsabilidade.

---

<sup>26</sup> Art. 8º-B. No caso de prestação regionalizada dos serviços de saneamento, as responsabilidades administrativa, civil e penal são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços públicos de saneamento, nos termos do art. 8º desta Lei.

<sup>27</sup> Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

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

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

[...]

Nos casos em que haverá processos licitatórios para prestação dos serviços, é recomendável que os interessados estejam atentos aos riscos desde os editais de consulta pública, por meio dos quais serão publicizadas as minutas de contratos a serem firmados entre o titular dos serviços e o novo prestador, com a possibilidade de contribuições e realização de consulta pública. É neste momento que os interessados, assessorados técnica e juridicamente, deverão avaliar com cuidado as informações e apresentar as suas sugestões e questionamentos pelos meios oficiais, no intuito de tornar mais equânimes os contratos também quanto aos aspectos de responsabilidade em matéria ambiental.

Tem-se que um ponto de extrema atenção deve recair sobre a matriz de riscos prevista nos contratos e, por consequência, de que forma se distribuem as responsabilidades por danos havidos antes da celebração do contrato, ainda que conhecidos em momento posterior. Outro item de atenção envolve as questões abarcadas ou não por seguros. Vale considerar, ainda, em que medida eventuais passivos ambientais ou imputações de responsabilidade ambiental poderão ensejar um pleito de revisão tarifária, o que guardará estreita relação com o modelo da matriz de riscos.

Outra medida que poderá contribuir à adequada avaliação dos riscos de responsabilidades envolve a realização de avaliação independente da operação a ser assumida, por exemplo, pelo levantamento do histórico de atividade, ações judiciais ambientais e inquéritos civis e penais existentes, além de processos administrativos ambientais.

Em um sistema em que se dispensa a culpa, ou seja, em que questões como imprudência, negligência e imperícia não são consideradas para fins de imputação de responsabilidades ambientais na esfera civil e em que os novos operadores podem ser chamados a responder por passivos gerados anteriormente ao seu ingresso no negócio, é salutar o estabelecimento de auditorias e procedimentos como os acima comentados.

A realização de auditorias prévias e a adoção de programas de conformidade (*compliance*) também vêm no sentido de conferir maior segurança jurídica a essas relações e aos novos operadores<sup>28</sup> no intuito de mitigar riscos penais ambientais.

Por isso mesmo é que, uma vez iniciada a prestação dos serviços, é recomendável que o novo empreendedor adote providências capazes de bem avaliar os riscos da futura atividade, por meio da avaliação dos bens e equipamentos, das pendências nos processos de licenciamento ambiental e de suas condicionantes. Ainda, estabeleça internamente quais as medidas de controle podem ser adotadas para evitar riscos e se proteger frente à concedente e terceiros.

---

<sup>28</sup> “Para Rotsch é imprescindível que o objetivo da criminal compliance esteja atrelado à necessidade de se evitar responsabilidade penal. Contudo, esclarece que essa responsabilidade deve envolver não apenas o conselho de administração ou o corpo diretivo, mas também a todos os trabalhadores da empresa. Isso deve ocorrer para que a suposta evitação da responsabilidade não se transforme em mera transferência de responsabilidade. Desse modo, um conceito de compliance dirigido a evitar a responsabilidade penal de forma completa deve considerar a empresa em seu conjunto, ou seja, todos os trabalhadores, não apenas o corpo diretivo” (BARRILARI, Claudia Cristina. Crime empresarial, autorregulação e compliance. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 185).

Se não há dúvidas de que o atual cenário traz uma gama de oportunidades de novos e promissores negócios que devem contribuir ao alcance da tão almejada universalização do saneamento básico, é, também, indubitável a importância da adoção de cuidados voltados a evitar e mitigar os riscos de responsabilidade na esfera ambiental.

## **7. Considerações Finais**

O presente artigo se propôs a analisar as esferas de responsabilidade na esfera ambiental sob a perspectiva das atividades de saneamento básico e da tendência de realização de novos contratos de prestação de serviços, notadamente por meio de licitação, com agentes privados.

Neste cenário, tratou de percorrer sobre os principais aspectos que envolvem as esferas civil, penal e administrativa, tratando das previsões não apenas constantes na legislação, mas também na doutrina e jurisprudência.

Finalmente, coube avaliar quais seriam as medidas de cuidado de que os investidores podem lançar mão no intuito de melhor avaliar os riscos presentes nos projetos almejados e mitigar os riscos de responsabilidade durante os certames ou após o início dos novos contratos.

# Compromissos ambientais internacionais e o novo marco do saneamento básico brasileiro

---

Juliana Pretto Stangherlin<sup>1</sup>  
Ana Laura Ramires Carvalho<sup>2</sup>

## 1. Introdução

O presente artigo busca analisar a relação entre as medidas estipuladas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei Federal nº 14.026/2020 ou “Marco Legal”) e os objetivos internacionais em matéria ambiental, dispostos, atualmente, pela Agenda 2030 e o Acordo de Paris. Para melhor compreensão da confluência entre esses dois assuntos, os compromissos ambientais internacionais serão inicialmente abordados, com destaque para as disposições específicas atinentes à matéria de saneamento básico. Após, se dará enfoque aos prazos determinados no Marco Legal para a universalização dos serviços de saneamento, avaliando-os perante o cenário internacional.

Importa destacar que os serviços de saneamento básico englobam o abastecimento de água potável e a coleta e tratamento de esgoto, sendo que, nesse trabalho, ao tratarmos de saneamento básico, estaremos considerando especialmente as atividades supramencionadas.

## 2. A Agenda 2030

O documento “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, ou “Agenda 2030”, foi elaborado a partir de reunião ocorrida em 2015 entre os Estados-Membro da Organização das Nações Unidas (ONU), para funcionar como um plano de ação global para mudar o mundo até 2030. É um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, que busca fortalecer a paz mundial a partir da adoção de medidas transformadoras pelos governos, sociedade, empresas e academia. Este documento, no plano extraconvencional, sucedeu os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM), adotados pelos

---

<sup>1</sup> Sócia da Área Ambiental de Souto Correa Advogados. Especialista em Gestão do Ambiente e Sustentabilidade pela FGV. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS.

<sup>2</sup> Estagiária da Área Ambiental de Souto Correa Advogados. Graduada em Direito pela UFRGS.

<sup>3</sup> Art. 3º, I, da Lei 11.445/2007, com redação pela Lei 14.026/2020.

<sup>4</sup> Assembleia Geral da ONU. (2015). Transformando o Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova York. Disponível [aqui](#). Acesso em: 15/03/2021.



Estados-Membro da ONU em 2000 e compostos por oito metas que tinham como marco temporal para cumprimento o ano de 2015. Dentre as metas previstas nos ODM, estava reduzir à metade a porcentagem da população sem acesso permanente a água potável e a saneamento básico.

A Agenda 2030 busca solucionar, até aquele ano, problemas mundiais em múltiplas esferas, como a erradicação da pobreza, a desigualdade social, a saúde, a educação e a proteção ao meio ambiente, visando o desenvolvimento sustentável global. O plano de ação necessário para tal resultado, de acordo com o documento, consiste na observância dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e suas 169 metas.

## 2.1 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável

Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) são pontos concisos e específicos dispostos na Agenda 2030, com o fim de cumpri-la. Foram elaborados de acordo com áreas sociais específicas tais como: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria. Integradas aos 17 objetivos do desenvolvimento sustentável – abaixo ilustrados –, estão associadas 169 metas indivisíveis. Os ODS, destaca-se, não se resumem em um rol taxativo e devem ser vistos como pontos que, intercalados, levam a um fim comum.



Fonte: Infraestrutura Meio Ambiente SP

A redação da Agenda 2030 não deixa dúvidas quanto à busca, cada vez maior, de implementação do conceito de desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico internacional. Nota-se que, ao determinar metas de consumo consciente, governança corporativa sustentável e empregabilidade, a postura adotada pelo documento corrobora a noção de que a ideia de desenvolvimento econômico não é, necessariamente, antagônica à noção de proteção ambiental.

Dentre os diversos objetivos dispostos, interessa ao presente artigo especialmente o ODS nº 6, relativo à água potável e saneamento básico, que busca “assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável da água e saneamento para todos”. O ODS 6 possui metas específicas, sendo que as três primeiras consistem, em síntese, em: i) alcançar o acesso universal e equitativo de água potável segura para todos, ii) alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos e iii) melhorar a qualidade da água, reduzindo a poluição, eliminando despejo e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzindo à metade a proporção de águas residuais não tratadas e aumentando substancialmente a reciclagem e reutilização segura globalmente.

Veja-se, portanto, que a temática vinculada ao saneamento básico obteve grande destaque dentre os objetivos estipulados pela Agenda 2030, demonstrando a importância do assunto em nível internacional, não sendo o problema uma particularidade do cenário brasileiro.

## 2.2 O Acordo de Paris

Em consonância com outro ODS nº 13 – ação contra a mudança global do clima – importa destacar o Acordo de Paris, o qual foi adotado na 21ª Conferência das Partes, ou COP21<sup>7</sup>, realizada de 30/11/2015 a 11/12/2015, em Paris, tendo entrado em vigor em 04/11/2016, após a ratificação de mais de 90 países e cumprindo, portanto, a meta mínima de ratificação por 55 países responsáveis por 55% das emissões de gases de efeito estufa (GEE). O acordo, que sucedeu o

---

<sup>5</sup> Assembleia Geral da ONU. (2015). Transformando o Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nova York. Disponível [aqui](#). Acesso em: 15/03/2021.

<sup>6</sup> 6.1 By 2030, achieve universal and equitable access to safe and affordable drinking water for all.

6.2 By 2030, achieve access to adequate and equitable sanitation and hygiene for all and end open defecation, paying special attention to the needs of women and girls and those in vulnerable situations.

6.3 By 2030, improve water quality by reducing pollution, eliminating dumping and minimizing release of hazardous chemicals and materials, halving the proportion of untreated wastewater and substantially increasing recycling and safe reuse globally.

6.4 By 2030, substantially increase water-use efficiency across all sectors and ensure sustainable withdrawals and supply of freshwater to address water scarcity and substantially reduce the number of people suffering from water scarcity

6.5 By 2030, implement integrated water resources management at all levels, including through transboundary cooperation as appropriate.

6.6 By 2020, protect and restore water-related ecosystems, including mountains, forests, wetlands, rivers, aquifers and lakes.

6.A By 2030, expand international cooperation and capacity-building support to developing countries in water- and sanitation-related activities and programmes, including water harvesting, desalination, water efficiency, wastewater treatment, recycling and reuse technologies.

6.B Support and strengthen the participation of local communities in improving water and sanitation management. Disponível [aqui](#).

<sup>7</sup> Para fins elucidativos, cabe uma breve explicação a respeito da Conferência das Partes (COP) e seu funcionamento. No âmbito das conferências das partes, são realizadas as Convenções-Quadro sobre Mudança Climática (United Nation Framework Convention on Climate Change - UNFCCC) cujo objetivo, dentre outros pontos, reside na definição de estratégias adequadas de combate às mudanças climáticas. Diversos cientistas do mundo inteiro colaboram como pesquisadores para as convenções-quadro, observando e analisando as anomalias climáticas. Esse grupo compõe o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), formado em 1988 pela Organização Meteorológica Mundial (OMM) e pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

Protocolo de Quioto, estabelece mecanismos para que os países signatários limitem o aumento da temperatura global e fortaleçam a defesa contra os impactos das mudanças climáticas. Por meio do acordo, a comunidade internacional tem o desafio de limitar em até 2°C o aquecimento do planeta até 2100, com esforços para limitá-lo a 1,5°C.

O Acordo de Paris foi celebrado pelo Brasil em 12/12/2015, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 140, de 16/08/2016, e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 9.073, de 05/06/2017.

Como medidas coletivas, foram estipuladas metas de contribuição para a redução da emissão dos gases de efeito estufa. Para a efetivação destas, cada parte deverá comunicar os números que pretende atingir, por meio de soluções domésticas vinculadas a instrumentos regulatórios, sendo que as metas contributivas deverão ser atualizadas a cada cinco anos. No âmbito nacional, destaca-se que o Brasil informou ao secretariado da Convenção-Quadro a sua Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (iNDC<sup>8</sup>), que, após a ratificação do acordo, deixou de ser considerada como pretensão para figurar como um verdadeiro compromisso internacional brasileiro (NDC). As medidas necessárias para a implementação da NDC serão conduzidas por políticas internas já existentes na legislação nacional, como a Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009) o Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) e o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº 9.985/2000).<sup>9</sup>

Até 2025, o país se comprometeu a reduzir, abaixo dos níveis do ano de 2005, 37% das suas emissões de gases do efeito estufa e, subsequentemente, atingir a redução de 43% até 2030. Como forma de adaptação, pretende-se a adoção de políticas e instrumentos legislativos internos que contribuam com o compromisso assumido, dentre tais ações, destaca-se a Política Nacional de Biocombustíveis (Lei Federal nº 13.576/2017) também conhecida como o programa Renovabio, que tem como objetivo o fomento da produção de biocombustíveis por meio da emissão de créditos de carbono, ou CBios.

Mas, e qual a relação da agenda de mudanças climáticas com o saneamento básico?

Ainda que o Acordo de Paris e a NDC brasileira não prevejam metas específicas envolvendo a temática do saneamento básico, ressalta-se a intrínseca relação entre saneamento básico e mudanças do clima. Eventos climáticos extremos também associados às mudanças climáticas, como secas e enchentes, impactam nos sistemas de abastecimento de água, de coleta e tratamento de esgoto, além do de drenagem urbana, visto que esses sistemas podem não estar preparados para tais eventos, acarretando consequências negativas à adequada prestação dos serviços de saneamento. De outro lado, a ausência de tratamento do esgotamento sanitário, por exemplo,

---

<sup>8</sup> Sigla para o termo em inglês "Intended Nationally Determined Contributions".

<sup>9</sup> BRASIL. Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para consecução do objetivo da convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível [aqui](#). Acesso em: 15/03/2021.

<sup>10</sup> BRASIL. Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para consecução do objetivo da convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível [aqui](#). Acesso em: 15/03/2021.

contribui para a emissão de gases de efeito estufa e, portando, prejudica o atingimento das metas atinentes ao combate às mudanças do clima. A respeito da referida falta de tratamento de esgoto, salienta-se que, no Brasil, apenas 49,1% do esgoto sanitário é tratado<sup>11</sup>. De acordo com o Instituto Trata Brasil, o país lançou aproximadamente 5.622 piscinas olímpicas de esgoto não tratado na natureza somente no ano de 2017<sup>12</sup>, prejudicando o ecossistema, poluindo rios, lençóis freáticos, mananciais e demais cursos d'água.

Ademais, observa-se que os ODS antes referidos são vistos como instrumentos que auxiliam o Acordo de Paris a buscar o cumprimento de suas metas, de modo que, uma vez estabelecido o objetivo em torno da universalização do fornecimento de água potável e dos serviços de esgotamento sanitário na Agenda 2030, esses se colocam como meios válidos de intervenção no atual panorama das mudanças climáticas e na concretização das metas do Acordo de Paris.

### 3. O Marco Legal do Saneamento Básico Brasileiro

A Lei Federal nº 14.026/2020, ou o Novo Marco Legal do Saneamento Básico Brasileiro ("Marco Legal"), buscou a atualização de diversos diplomas legais envolvendo a temática de saneamento básico, como a Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico (Lei Federal nº 11.445/2007) e o Estatuto da Metrópole (Lei Federal nº 13.089/2015).

Diante disso, a Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico passa a considerar, como universalização, a ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico, considerando todos os serviços inerentes à atividade, incluídos o tratamento e a disposição final adequados dos esgotos sanitários<sup>13</sup>. Para atingir o conceito disposto, o artigo 10-B passa a estabelecer o seguinte:

Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei. (grifo nosso)

Assim, está expressa a data pretendida para universalização dos serviços de saneamento em áreas contratadas e licitadas: 31 de dezembro de 2033. Dentre as medidas estipuladas pelo Marco Legal, destaca-se que caberá à Agência Nacional de Águas (ANA) definir as metas de

---

<sup>11</sup> Disponível [aqui](#). Acesso em: 21/02/2021.

<sup>12</sup> Disponível [aqui](#). Acesso em: 21/02/2021.

<sup>13</sup> Art. 3º, III, da Lei 11.445/2007, com redação pela Lei 14.026/2020.

universalização dos serviços públicos de saneamento básico<sup>14</sup>, criando mecanismos e diretrizes que busquem tal fim e unificando as diretrizes e orientações em matéria de saneamento no Brasil.

Observa-se que a data prevista pela legislação brasileira não coincide com a data prevista nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável que, conforme anteriormente mencionado, buscam a universalização do acesso à água potável e aos serviços de saneamento básico até o ano de 2030. Além disso, o Marco Legal também dispõe a respeito de medidas vinculadas aos contratos de prestação de serviços de saneamento, os quais deverão prever metas que garantam a o atingimento da universalização no prazo de 2033:

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

§ 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o caput deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão. (grifo nosso)

É possível afirmar que a meta disposta pela legislação brasileira é ambiciosa, levando em consideração, principalmente, os investimentos necessários para que tal prazo seja cumprido. De acordo com o Instituto Trata Brasil, entre os anos de 2014 e 2018, foram investidos cerca de R\$ 65 bilhões nos serviços de saneamento básico, uma média de R\$ 12 bilhões ano<sup>15</sup>. Ainda assim, estima-se que cerca de 100 milhões de brasileiros não têm acesso à coleta de esgoto<sup>16</sup> e 35 milhões de brasileiros não são atendidos com abastecimento de água tratada<sup>17</sup>. Também de acordo com estudo divulgado pelo Instituto Trata Brasil:

[...] o Brasil ainda tem um longo caminho para melhorar o saneamento. De acordo com dados de 2018, o índice total de atendimento de água no país é de 83,6% (97,8% em áreas urbanas, e 60,9% de coleta de esgoto. Ou seja, são cerca de 34 milhões de pessoas no país não contam com abastecimento de água e mais de 81 milhões de pessoas não tem atendimento de esgoto. Este montante é maior que a população da França e Portugal somados.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Art. 4-A, § 1º, IV, da Lei 11.445/2007, com redação pela Lei 14.026/2020.

<sup>15</sup> Disponível [aqui](#). Acesso em: 21/02/2021.

<sup>16</sup> Disponível [aqui](#). Acesso em: 21/02/2021.

<sup>17</sup> Disponível [aqui](#). Acesso em: 21/02/2021.

<sup>18</sup> Instituto Trata Brasil. Cenário para Investimentos em Saneamento no Brasil após a Aprovação do Novo Marco Legal. São Paulo: 2020. Disponível [aqui](#). Acesso em: 21/02/2021.

O diagnóstico do problema referente à população brasileira que não possui acesso à água e à rede de esgoto e a deficiência dos investimentos até então direcionados ao setor foi sintetizado pelo Banco Mundial conforme segue, em Nota Técnica de março de 2018:



Fonte: World Bank Group. Disponível [aqui](#).

Diante desse cenário, de acordo com estudo realizado pela KPMG em parceria com a ABCON<sup>19</sup>, estima-se que são necessários R\$ 753 bilhões de investimentos na área de saneamento para universalização dos serviços em todo o território nacional até o ano de 2033, sendo R\$ 144 bilhões de investimentos em água e R\$ 354 bilhões em esgoto para expandir a infraestrutura atual de saneamento, além de R\$ 255 bilhões para manter a infraestrutura já existente até 2033.<sup>20</sup>

Destaca-se que a problemática atinente ao acesso aos serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto apresenta diferentes perspectivas a depender da região do país. Há desigualdade regional quanto aos níveis de infraestrutura existentes, de cobertura da prestação dos serviços e, naturalmente, quanto aos investimentos realizados. A desafiadora tarefa da universalização dos serviços de água e esgoto nos moldes previstos pelo Marco Legal passa, portanto, pelo enfrentamento também das desigualdades regionais.

#### 4. Conclusão

A questão sanitária, como visto, é um tema delicado e complexo em níveis nacional e internacional, demonstrando as necessidades urgentes de grande parte da população brasileira e global. A universalização dos serviços de saneamento básico não está restrita à solução dos

<sup>19</sup> Sigla para "Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto".

<sup>20</sup> Quanto custa universalizar o saneamento no Brasil? Disponível [aqui](#). Acesso em: 05/04/2021.

desafios relacionados à infraestrutura, mas também demanda melhorias nos mais variados setores da sociedade, como o da proteção ambiental, da saúde e da educação, por exemplo.

Não é por menos que o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente elencou, dentre os ODS, temáticas vinculadas aos serviços de água e esgoto. A tarefa, todavia, não constitui objetivo fácil, sendo necessários vultuosos investimentos e medidas cooperativas para que os objetivos da Agenda 2030 sejam atingidos. No caso brasileiro, da mesma forma, as metas de universalização estabelecidas para o ano de 2033 demandarão grande esforço coordenado, do poder público e do setor privado, para adaptação às muitas mudanças trazidas pelo novo Marco Legal do Saneamento Básico e efetivação das medidas nele previstas.

Ainda que a compatibilização dos serviços de esgotamento sanitário e abastecimento de água com as metas dispostas na Agenda 2030 e no Acordo de Paris formem um grande desafio para a sociedade brasileira, o cenário em questão também pode ser visto como uma oportunidade de investimento e modernização. Nesse sentido, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico se coloca como um sinal positivo em prol da diversificação das medidas a serem adotadas, principalmente diante da maior participação atribuída ao setor privado. Dessa forma, espera-se que os regimes de concessão dos serviços impulsionem a prestação dos serviços de saneamento básico, ampliando o alcance de tais serviços à população atualmente não contemplada. Além disso, a desafiadora tarefa atribuída à ANA de instituir normas gerais de referência proporcionará maior segurança a todos os envolvidos na prestação dos serviços em comento.

Verifica-se, portanto, um momento de alinhamento global e local quanto às metas de universalização do fornecimento de água potável e de tratamento do esgoto sanitário e das iniciativas que possam levar ao atendimento de tais metas. Assim, em que pese os inegáveis desafios atinentes à temática, a confluência de propósitos confere maiores oportunidades de ação em prol da melhoria da qualidade de vida da sociedade e do desenvolvimento sustentável.

# Conheça os profissionais



## **André Luiz da Silva Gomes**

Tributário, Organização Patrimonial e Sucessória, Timberland.  
andre.gomes@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



## **Augusto Bercht**

Tributário, Ambiental e Sustentabilidade, Saneamento Básico  
augusto.bercht@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



## **Clarissa Emanuela Leão Lima**

Administrativo e Regulatório, Energia, Saneamento Básico  
clarissa.lima@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



## **Emília Klein Malacarne**

Compliance, Penal Empresarial,  
ESG – Environmental, Social and Governance  
emilia.malacarne@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



## **Fabiana da Silva Figueiró**

Ambiental e Sustentabilidade, ESG – Environmental,  
Social and Governance, Saneamento Básico  
fabiana.figueiro@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



# Conheça os profissionais



## **Fernando Ayres**

Tributário, ESG – Environmental, Social and Governance,  
Saneamento Básico

fernando.ayres@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



## **Juliana Pretto Stangherlin**

Agribusiness, Ambiental e Sustentabilidade,  
ESG – Environmental, Social and Governance, Timberland

juliana.stangherlin@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



## **Luiz Gustavo Kaercher Loureiro**

Administrativo e Regulatório, Compliance, Energia,  
Penal Empresarial, Saneamento Básico

gustavo.kaercher@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



## **Pedro Henrique Poli de Figueiredo**

Administrativo e Regulatório, Energia, Saneamento Básico

pedro.figueiredo@soutocorrea.com

[Ver perfil completo](#)



## **Ana Laura Ramires Carvalho**

Estagiária – Ambiental e Sustentabilidade, Saneamento Básico

ana.carvalho@soutocorrea.com

[Linkedin](#)

**São Paulo SP**

**Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 2041,  
Torre D, 8º andar, Complexo JK  
CEP 04543-011  
Fone + 55 11 3530 8400**

**Rio de Janeiro RJ**

**Rua Visconde de Pirajá, 250, 7º andar  
Bairro Ipanema – CEP 22410-000  
Fone + 55 21 3590 6901**

**Porto Alegre RS**

**Av. Carlos Gomes, 700, 13º andar  
Ed. Platinum Tower, CEP 90480-000  
Fone + 55 51 3018 0500**

**Brasília DF**

**SHIS, QL 08, Cj. 02, Casa 01  
Lago Sul, CEP 71620-225  
Fone + 55 61 3574 7808**