

# O problema da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico e os interesses federativos intermediários

Gustavo Kaercher Loureiro e Eduardo Cunha da Costa



As opiniões expressas neste artigo são de responsabilidade exclusiva dos autores, não refletindo necessariamente a opinião institucional da FGV.

## INTRODUÇÃO

Esse estudo propõe-se a investigar o instituto da *titularidade estatal de atividades econômicas*, tal como concebido e empregado na Constituição de 1988, com especial ênfase na titularidade dos serviços públicos de saneamento básico<sup>1</sup>. Sinteticamente, entende-se por *titularidade* uma específica e complexa *competência estatal* consistente na atribuição, a um determinado ente da Federação, das tarefas de instituir, organizar e realizar, direta ou indiretamente, certa *atividade econômica*, normalmente em caráter de exclusividade e de modo autônomo (mas nem sempre). E entende-se por *atividade econômica* qualquer realização de funções de produção de bens e serviços passível de organização empresarial<sup>2</sup>.

Nosso objetivo, é (1) mostrar como a Constituição lançou mão de distintos modos de construir e atribuir a titularidade, não se atendo a um modelo único e inflexível; e (2) com relação ao saneamento, sugerir que a Constituição não tomou partido quanto à sua titularidade, diversamente do que muitas vezes se reputa. Na verdade, nessa matéria, a Constituição sequer realizou a operação anterior, que a determinação da titularidade supõe, qual seja, a *publicatio* da atividade<sup>3</sup>. Limitou-se a oferecer balizas e possibilidades para a ação do legislador ordinário. Disso resulta que a identificação da titularidade dos serviços de saneamento não pode ser feita de modo genérico, uniforme e *a priori*, a partir da Constituição. À diferença do que ocorre em outras áreas como, p.ex., a indústria da energia elétrica, do petróleo e do gás natural - que foram objeto de *publicatio* e imputação de titularidade expressas e diretas - a não houve atribuição dos serviços de saneamento a este ou àquele ente da Federação. Um resultado possivelmente controverso deste modo de conceber o problema está em que, *sob o ponto de vista puramente constitucional*, não é necessário que um serviço de saneamento esteja sob a organização de uma região metropolitana, p.ex., para que se possa aventar a participação do Estado como co-titular (ou mesmo oco como titular) dele. Tal possibilidade – cuja realização dependeria de uma opção do legislador ordinário entre três alternativas: (i.) a co-titularidade municipal; (ii.) a co-titularidade Estado/Município ou, ainda, (iii.) a titularidade estadual - já se põe quando o serviço ultrapassa a dimensão municipal, dada pelo conceito de *interesse local*. Mas não antecipemos o que necessita de justificação e análise. Vamos antes esclarecer alguns conceitos centrais para o que vem adiante.

---

<sup>1</sup> Esse estudo não se ocupa diretamente da Lei 11.445/2007, mas das premissas constitucionais das quais poderia ou deveria partir o legislador ordinário para enfrentar o assunto. Mesmo assim, referências frequentes serão feitas à Lei, para ilustrar ou explicar certos tópicos.

<sup>2</sup> Não usamos a expressão “atividade econômica” no mesmo sentido em que as emprega Eros Grau, in **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**, São Paulo: Malheiros, 2007. Neste estudo, a expressão faz referência, simplesmente, a um fenômeno empírico, não a uma qualidade jurídica da atividade.

<sup>3</sup> Algo que normalmente é tomado por um “dado”, eis que à partida já se qualifica o saneamento básico como uma atividade reservada, um serviço público sobre cuja titularidade, apenas, se deve discutir.

# I. COMPETÊNCIA, PUBLICATIO, TITULARIDADE, ATIVIDADE RESERVADA E SERVIÇO PÚBLICO

A *titularidade* é uma espécie peculiar de *competência*. Em termos lógicos, ela pressupõe que a tarefa sobre a qual incide tenha sido previamente objeto de uma “reserva” (a *publicatio*). É certo que, normalmente, as duas coisas (*publicatio* e imputação de titularidade), andam juntas, mas convém distinguir e começar pelo conceito mais abrangente ao qual ambas se referem.

## I.1. Competência

### I.1.1. Configuração

O termo “competência”, no sentido em que o empregaremos aqui, significa a capacidade jurídica que possui um sujeito de direito estatal<sup>4</sup> de agir dentro de *certa área*, a fim de atingir *certos objetivos*, por meio de *certos modos de manifestação*<sup>5</sup>. Resumidamente, a competência indica o que essa pessoa pode/deve fazer a respeito de determinado tema para cumprir os objetivos que lhe foram estabelecidos pela ordem jurídica.

A construção, a atribuição, o delineamento e também o exercício de competências são fenômenos regulados pelo direito. As suas normas constroem a identidade de cada competência criada, através da determinação de quatro elementos<sup>6</sup>:

1. **Identificação do objeto da competência** (a sua “área” ou “matéria”). Há que se delimitar, o melhor possível, o âmbito em que os poderes atribuídos ao sujeito se exercitam. Isto é importante não só para verificar se não há extravasamento da competência, mas para extremar a ação de um sujeito público em face de outros em áreas afins (p.ex., competência sobre *recursos hídricos* vs. competências sobre *serviços de saneamento*<sup>7</sup>).

---

<sup>4</sup> A competência pode estar referida ao sujeito como um todo ou a cada um de seus órgãos.

<sup>5</sup> Isto é, modos específicos pelos quais a competência se manifesta, ou seus “tipos”, cf. infra. *Competência* e *capacidade* são conceitos relacionados, mas distintos. A primeira é uma capacidade específica e delimitada que a ordem jurídica confere a sujeitos de direito. A distinção entre *capacidade* e *competência* está no caráter amplo e genérico da primeira vis-à-vis o caráter delimitado da segunda (ex.: capacidade para celebrar (quaisquer) contratos, para receber verbas públicas etc. vs. competência para executar serviços de saneamento, para legislar sobre recursos hídricos etc.). A capacidade é pressuposto (ou o instrumento) da competência.

<sup>6</sup> Essa exposição é inspirada em GUASTINI, Riccardo, *Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione - Trattato di Diritto Privato*, Milano: Giuffrè, 1993, p. 29 e segs.

<sup>7</sup> A Lei 11.445/2007 definiu os serviços públicos de saneamento em seus arts. 3º, I; 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D; 6º e 7º e, no art. 4º lembrou de traçar uma linha de separação entre esses serviços e aqueles relativos aos recursos hídricos.

2. **Identificação do sujeito a quem se atribui a competência (imputação de titularidade).** Deve-se, igualmente, apontar a pessoa jurídica que tem o poder/dever de atuar a competência, direta ou indiretamente (neste último caso por via de delegação, se admitida<sup>8</sup>).
3. **Especificação do tipo de competência.** Neste passo se estabelece *como* ou *para* que a competência se manifesta (que espécie de ato jurídico o sujeito pode produzir<sup>9</sup>). Costuma-se distinguir entre: *competência normativa*<sup>10</sup>; *competência fiscalizatória*<sup>11</sup>; *competência executiva, administrativa ou material*<sup>12</sup>; *competência de planejamento*<sup>13</sup>; *competência de fomento* etc.
4. **Determinação do modo de exercício da competência.** A norma que institui a competência pode, também, prescrever procedimentos e modos de exteriorização de seu exercício.

Uma vez identificadas, as diferentes competências podem ser apreciadas segundo múltiplas perspectivas (que se coordenam e relacionam). Vejamos as mais relevantes para este estudo.

### I.1.2. Modalidades ou classificações das competências

Vale distinguir as competências em:

- *Privativa ou concorrente*, segundo o sujeito a receba com exclusividade ou em “condomínio” com outros. A competência concorrente é uma técnica do chamado federalismo cooperativo e suscita problemas que enfrentaremos com particular intensidade quando da análise dos serviços de saneamento básico. Deve ser bem decidido como distribuir tarefas entre os co-titulares<sup>14</sup>. Um modo adequado de partição da competência concorrente pode gerar ganhos de coordenação e soma de esforços; um modo inadequado, sobreposições, ineficiências, duplicações e conflitos.

---

<sup>8</sup> Titularidade da competência não se confunde com exercício de competência (equivoco no qual parece ter incidido a Lei 11.445/2007). Em princípio, a titularidade não pode ser transferida a outro sujeito. Comum, porém, é a hipótese de transferência do exercício de alguns dos poderes que compõem a competência. No saneamento, a Lei 11.445/2007 prevê a transferência do exercício do poder regulatório (arts. 8º, § 5º; 23, § 1º) e da prestação do serviço (art. 10 e *passim*).

<sup>9</sup> Nem sempre é fácil separar esses tipos e se pode entender que um tipo, expressamente incluído na competência, implica outro, a título de competência implícita ou instrumental, cf. adiante.

<sup>10</sup> Habilitação para edição de normas, em geral ou de um certo tipo. A competência normativa pode ser ampla (“qualquer norma”) ou delimitada pela qualidade/hierarquia do veículo normativo (lei, decreto, ato administrativo normativo etc.) ou pelo conteúdo da norma (diretrizes, normas gerais, normas complementares etc.).

<sup>11</sup> Habilitação para produzir atos de verificação e de acompanhamento da realização de atividades, públicas ou privadas. Vem normalmente junto com a competência normativa, mas não necessariamente, como se vê do art. 23, XI da Constituição (adiante).

<sup>12</sup> Habilitação para realizar atos prestacionais, relativos a uma certa utilidade que é fruto da organização da atividade econômica.

<sup>13</sup> Habilitação para organizar, projetar e prever diferentes tipos de ação em um dado setor, normalmente materializada pela edição de ato normativo.

<sup>14</sup> Os modos de realizar essa distribuição são vários. Eles envolvem (i.) a dimensão do interesse (diz-se “nacional”, “regional”, “estadual”, “local” etc.); (ii.) o tipo de competência (um ente fica com a competência normativa; outro com a de execução; outro, ainda, com o planejamento etc.); (iii.) o alcance de competências de mesmo tipo incidentes sobre o mesmo objeto (p.ex.: todos os entes possuem competência normativa acerca de um mesmo tema, mas um deles possui habilitação para editar normas gerais, outro editar normas suplementares e outro, ainda, normas que endereçam peculiaridades locais).

- *Expressa ou implícita*, segundo esteja, ou não, positivada em um dispositivo normativo específico. A competência implícita é normalmente inferida a partir procedimento argumentativo que conjugue distintas normas do ordenamento e um apelo à gestão e tutela de interesses públicos.
- *Determinada ou indeterminada*. Essa distinção opera sobretudo no universo das competências expressas e chama a atenção para o caráter mais ou menos bem delineado de aspectos seus, como objeto e/ou tipo. Quanto ao objeto, pode-se ele ser precisamente construído (“competete à União fiscalizar os serviços de geração de energia hidrelétrica com potência superior a 50 MW no Estado do Rio de Janeiro”); ou ser bastante indeterminado (“competete à União prestar os serviços de energia de interesse nacional”; ou: “competete aos Municípios prestar os serviços públicos de interesse local”). No limite, a descrição absolutamente determinada do objeto é aquela que sequer é estabelecida por um conceito, mas por um nome próprio (“competete à União fiscalizar a usina de Itaipu”). Quanto ao tipo, ele se apresentará circunscrito (“competete à União legislar sobre energia”) ou genérico (“competete à União promover o desenvolvimento dos serviços de saneamento”).
- *Principal ou instrumental*, segundo uma relação de funcionalidade, fixada caso a caso.

## I.2. Publicatio e titularidade

Os termos “*publicatio*” e “titularidade” não são unívocos e por isso convém estabelecer desde logo o que se entende com eles<sup>15</sup>. Os conceitos que significam estão intimamente relacionados, o que faz com que a *publicatio* e a titularidade sejam normalmente tratadas simultaneamente pelas normas jurídicas<sup>16</sup>. A distinção, porém, é necessária; basta considerar que pode haver *publicatio* sem imputação de titularidade<sup>17</sup> (ainda que o contrário não possa ocorrer).

### I.2.1. Publicatio

*Publicatio* indica a reserva, a afetação de certa classe de atividade econômica a um poder público, feita por uma norma jurídica (Constituição ou lei).

Normalmente, ela é feita com exclusividade: toda uma classe de atividades econômicas é atribuída a um poder público. Mas nem sempre. Veremos que há, na Constituição, *publicationes* que não alijam os

---

<sup>15</sup> Outras formas compreender esses termos e construir esses conceitos são perfeitamente possíveis mas não nos são úteis.

<sup>16</sup> Muitas vezes, uma norma não realiza explicitamente a *publicatio*, limitando-se a apontar o titular da atividade (esse é o caso das normas constitucionais que indicam “competir à União” realizar certa tarefa econômica: há ali tanto *publicatio*, operada *ipso facto*, quanto imputação de titularidade).

<sup>17</sup> Tal acontecerá no caso de uma norma consignar, simplesmente, que determinada atividade econômica é pública, sem indicar qual ente foi aquinhado com a competência.

privados da área econômica na qual o poder público atua (serviços de saúde) e que também há aquelas que são parciais, em que certas fases da atividade econômica são privadas, outras públicas (como no caso da indústria dos combustíveis fósseis). Existem também *publicationes* “condominiais”, nas quais a tarefa compartilhada entre um conjunto de sujeitos. Finalmente, pode haver *publicationes* repartidas, em que cada etapa da cadeia da atividade empresarial é responsabilidade de sujeito estatal diferente. Tudo isso se encontra em nossa Constituição.

Traço importante que caracteriza a *publicatio* é seu caráter amplo: à diferença de intervenções pontuais e específicas do Estado em certo ramo da vida empresarial - por meio das quais ele cria e explora certas empresas (ex vi art. 173) - a *publicatio* opera sobre *classes* ou *setores* de atividades econômicas (energia elétrica, transporte aeroviário, serviços de telecomunicações etc.). A competência instituída por ela pode ser mais ou menos determinada (cf. acima), mas não chega ao ponto de incidir sobre um empreendimento específico (“a usina de Itaipu”). Nessa hipótese, teríamos uma intervenção pontual do Estado na economia.

Outro elemento saliente é seu caráter complexo. Via de regra, a *publicatio* importa na entrega de um feixe de competências instrumentais, explícitas ou implícitas<sup>18</sup>. Se um setor da economia é reservado à esfera pública, é conveniente que esteja ela equipada para instituir, organizar e executar (direta ou indiretamente) a tarefa que lhe foi cometida. Quais exatamente serão essas competências é questão de direito positivo. Elas tendem a ser mais amplas e profundas quando a reserva é feita de modo exclusivo; ou quando, feita de modo exclusivo, não tem o seu titular que conviver com competências de outros entes estatais que não são titulares da tarefa, mas foram aquinhoados com certas atribuições em face dela (os serviços de saneamento são especialmente sensíveis a este ponto, visto que o titular deles - quem quer que seja - deve suportar “ingerências externas”, por força dos arts. 21, XX e 23, IX da Constituição).

Essas breves notas bastam para nossos propósitos<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Para um feixe desses, veja-se o art. 9º da Lei 11.445/2007.

<sup>19</sup> Dadas essas suas características, não é difícil constatar que a *publicatio* é uma operação extremamente delicada do ponto de vista jurídico, em razão do modo como a Constituição organizou a Ordem Econômica (preferência geral pela livre iniciativa e liberdade, propriedade privada e liberdade para empreender). Quando realizada, a *publicatio* ocasiona a mudança da qualidade jurídica da atividade (que passa a ser considerada *reservada* ou *serviço público*) e promove afastamento da incidência dos princípios jurídicos caracterizadores da Ordem Econômica (capitalista) no campo reservado. Isso significa que os agentes privados não possuem direitos constitucionais de liberdade de ação no domínio segregado. Poderão, sim, aí atuar, se a reserva tiver sido construída de modo a admitir a execução indireta da atividade. Mas sem direito subjetivo (constitucional) de o fazer, visto que se encontram na dependência de uma prévia decisão estatal de utilizar esse mecanismo. Em princípio, portanto, as normas que realizam a *publicatio* devem ser interpretadas restritivamente e as eventuais *publicationes* feitas no nível da legislação ordinária (caso do saneamento, arts. 3º, I; 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 6º e 7º) devem ser controladas e bem delimitadas (sobretudo na determinação do objeto da competência/*publicatio*). Sobre esse tema, vide, de modo mais amplo: KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **Instituições de Direito da Energia Elétrica - Volume I**, São Paulo: Quartier Latin, 2020; *id.* **Constituição, Energia e Setor Elétrico**, Porto Alegre: Fabris, 2009.

## 1.2.2. “Titularidade”

A expressão “titularidade” pode ser tomada num sentido muito amplo ou mais restrito. Num sentido amplo, ela significa, simplesmente, a imputação, por uma norma do direito, de um estado de coisas jurídico - uma prerrogativa, uma competência, um direito subjetivo, uma pretensão, um ônus, um dever etc. - a alguém - um sujeito de direito, privado ou público. Num sentido mais restrito, “titularidade” significa a imputação de uma competência a um determinado sujeito estatal. E, numa acepção ainda mais restrita - que adotaremos – o termo significa a imputação de espécie muito peculiar de competência: justamente aquela que envolve a atribuição, ao sujeito, de uma tarefa prestacional (atividade econômica)<sup>20</sup>. Como já deixamos assinalado, a titularidade, seu sentido estrito, pressupõe logicamente a *publicatio*, ainda que muito frequentemente estas duas operações sejam realizadas concomitantemente - e mesmo que se tenha que inferir a *publicatio* a partir da atribuição da titularidade (como faz, por exemplo, o art. 21, incs. X, XII e XII da Constituição).

## 1.3. A qualidade jurídica da atividade que é objeto da *publicatio*: “atividade reservada”, “serviço público”, “monopólio”

Submetida a atividade à *publicatio*, ela assume uma qualidade específica. Torna-se um *serviço público* ou, sob certas condições, um *monopólio* (jurídico)<sup>21</sup>. Essas noções (serviço público, monopólio) são complexas e controversas mas não precisam ser esquadrihadas neste estudo porque não parece haver dúvida acerca do caráter de serviço público dos principais serviços de saneamento básico (água e esgoto). Elas são trazidas aqui apenas a bem da completude de nossos esclarecimentos conceituais, vez que possuem íntima relação com a ideia de *publicatio*. Podemos, assim, ficar com esta ideia geral: o setor econômico que tiver sido objeto de uma reserva (pela Constituição ou pela lei) adquire uma qualidade jurídica que o diferencia dos demais – nos quais vigem os princípios da livre iniciativa, propriedade privada e competição<sup>22</sup> - consubstanciada na figura do *serviço público*.

Esclarecidos esses pontos conceituais todos, podemos avançar com mais solidez para o direito positivo.

---

<sup>20</sup> Como veremos em mais detalhes depois, as tarefas atribuídas pelo art. 23 à União, aos Estados e aos Municípios não suscitam problemas de titularidade neste sentido mais restrito (basta ver o inc. I e o próprio companheiro de artigo do saneamento básico, a construção de moradias).

<sup>21</sup> Por razões que já apresentamos longamente em outro estudo, preferimos falar de atividade reservada. Ver KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras: 1891-1934, *Revista de Direito Administrativo*, v. 256, p. 47-93, 2011; KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, Constituição e Energia, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, v. 23, 2010.

<sup>22</sup> Entenda-se: o princípio da competição não se instaura *ex constitutione*, o que significa que o titular da atividade não tem, necessariamente, o dever de a organizar de maneira competitiva. Nada impede, porém - antes, é recomendável - que decida dar à atividade um caráter competitivo que, nesse caso, será *derivado*.

## II. PUBLICATIONES E IMPUTAÇÕES DE TITULARIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O propósito da presente seção é mostrar como a Constituição concebe e atua as técnicas da *publicatio* e da imputação de titularidade. Isso será feito a partir de um panorama (incompleto) das normas constitucionais que tratam do assunto. Pretende-se com isso sugerir como se pode haver o legislador ordinário relativamente aos serviços de saneamento básico.

### II.1. O rol das publicationes constitucionais

#### II.1.1. Atividades reservadas à União

A União é o ente da Federação ao qual a Constituição fez o maior número de reservas de atividades econômicas.

No art. 21, X, vem estabelecido, de modo muito genérico e abrangente, que compete à União “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”. No inc. XI do mesmo artigo, a *publicatio* e a *titularidade* incidem sobre “os serviços de telecomunicações”. No inciso XII, encontramos “os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens” (art. 21, XII, a); os “serviços e instalações de energia elétrica” (art. 21, XII, b); a “navegação aérea e a infraestrutura aeroportuária” (art. 21, XII, c); os “serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território” (art. 21, XII, d); os “serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros” (art. 21, XII, e); e os “portos marítimos, fluviais e lacustres” (art. 21, XII, f). No inc. XXIII, acham-se atividades nucleares (“comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais”, art. 21, XXIII, b; “comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas”, art. 21, XXIII, c). No art. 177, a par das já referidas atividades nucleares (inc. V), está a *publicatio* de partes da indústria dos combustíveis fósseis: “a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos” (art. 177, inc. I); a “refinação do petróleo nacional ou estrangeiro” (art. 177, inc. II); a “importação e exportação dos produtos e derivados básicos” que resultarem da lavra e refino (art. 177, inc. III); “o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem” (art. 177, inc. IV). Já o art. 25, § 2º reservou aos Estados (e não aos Municípios, note-se), “os serviços locais de gás canalizado”.



Também cabe lembrar o peculiar arranjo que a Constituição forjou para os serviços de saúde<sup>23</sup>. Nos termos do art. 198, eles são qualificados como *públicos*, o que, porém, não impede que sejam livres à iniciativa privada (art. 199), caso em que serão “de relevância pública” (art. 197) e podem ser submetidos à autorização (de polícia). E mais: no que atine à esfera pública, há uma completa co-titularidade desses serviços, atribuídos *in solidum* entre a União, os Estados e Municípios (art. 198) - que os devem prestar diretamente ou “através de terceiros” (art. 198).

O rol das *publicationes*, como se percebe por rápida inspeção, é extenso, heterogêneo e colhe atividades essenciais para a economia nacional. O elenco impressiona e é único dentre as constituições modernas.

### II.1.2. Atividades reservadas aos Estados

Enquanto as competências - e, como tais, as *publicationes* - federais devem ser enunciadas, aquelas estaduais seguem de ordinário a regra contida no art. 25, § 1º, segundo a qual os Estados possuem todas as competências que “não lhe sejam vedadas por esta Constituição”. Em razão disso, não se deve esperar uma postura tão ativa da Constituição em tema de *publicationes* estaduais, as quais presumivelmente serão feitas por leis desses sujeitos. Nada obstante isso, há uma específica *publicatio*. Ela se encontra no art. 25, § 2º que diz: “cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os **serviços locais** de gás canalizado”. Teremos ocasião de voltar à ela.

### II.1.3. Atividades reservadas aos Municípios

Com relação aos Municípios, interessa o art. 30, inc. V. Segundo ele, compete a estes sujeitos da Federação “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.” Como se pode constatar, há dois objetos de *publicationes* aqui. O primeiro, de mais simples apreensão, consiste nos serviços de “transporte coletivo”. O segundo, mais complexo - que projeta uma competência indeterminada cf. item I.2.2. - é o dos “serviços públicos de interesse local”.

Mesmo rápido e superficial, esse percurso pelas principais *publicationes* constitucionais permite observações que preparam o terreno para o exame da disciplina constitucional do saneamento.

## II.2. Reflexões decorrentes dessas normas

Em primeiro lugar, chama a atenção o emprego, pela Constituição, de diferentes níveis de concretude na determinação dos objetos das *publicationes*, o que as faz mais ou menos determinadas. Há uma

---

<sup>23</sup> Não vamos tomar partido em torno da (velha) polêmica, sobre a “natureza” não econômica dos serviços de saúde. O que é certo é que são eles passíveis (empiricamente) de organização empresarial, o que já basta para que sejam contemplados aqui.

razoável precisão nos casos das atividades nucleares (arts. 21, XXIII e 177, V<sup>24</sup>) e da indústria dos combustíveis fósseis (arts. 177, I-IV e 25, § 2º). Aqui a Constituição foi mais analítica do que, por exemplo, no campo da indústria elétrica, onde limitou-se a indicar genericamente como objeto da reserva federal os “serviços e instalações de energia elétrica” (art. 21, XII, b). O grau máximo de indeterminação, porém, está presente na configuração dos serviços públicos municipais que são abstratamente apontados como aqueles “de interesse local” (à exceção dos serviços de transporte). Semelhante indeterminação não é sem consequências práticas<sup>25</sup>.

Em segundo lugar, observe-se que em algumas ocasiões a Constituição optou por uma *publicatio* integral da atividade, enquanto realizou em outras apenas uma reserva parcial. Exemplo do primeiro tipo e novamente o setor elétrico, por força do art. 21, XII, b. *Publicatio* parcial é da indústria dos combustíveis fósseis: são públicas as fases indicadas nos arts. 177, incs. I a IV e 25, § 2º. É privada a distribuição de combustíveis derivados dessas fontes (art. 238). Em outras indústrias, a operação não foi estabelecida entre distintas fases suas, mas em todo o seu espectro, em “paralelo”. É o que ocorre com os serviços de saúde (arts. 199 e 200 da Constituição).

Uma terceira anotação é relativa ao modo sob o qual se deu o arranjo federativo de algumas *publications*. Normalmente, a reserva é feita em favor de um único ente da Federação (p.ex.: art. 21, incs. X, XI e XII). Destoa dessa técnica a indústria do gás natural: são federais as fases indicadas nos incs. I a IV do art. 177 e estadual a exploração dos serviços locais de distribuição de gás canalizado (art. 25, § 2º). Os serviços de saúde, que já são singulares pela razão indicada antes, oferecem mais uma vez uma sistematização digna de nota sob essa perspectiva: a repartição federativa não se consuma por fases da atividade, mas instaura um “condomínio” sobre quaisquer serviços (públicos) de saúde, dos quais são co-titulares, no contexto do SUS, a União, os Estados e os Municípios. Exemplos destes tipos de titularidade federativamente fracionada são também encontrados em Constituições anteriores<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> O que permite qualificar este caso como uma hipótese de competência *determinada* item I.2.2., acima.

<sup>25</sup> Que o digam as controvérsias envolvendo a distribuição de gás *não canalizado*, as atividades limítrofes àquelas de comercialização de energia e outras em que não se sabe ao certo - ou pretende-se não saber - se estão cobertas pela *publicatio*, com todas as consequências que daí derivam (regulação mais intensa, necessidade de título para prestação etc.).

<sup>26</sup> Interessante a este título são as disposições da Constituição de 1937, sobre a energia elétrica. Em suas origens, os sistemas elétricos (isolados) foram tidos por serviços públicos de caráter municipal. Com o aumento de escala dos empreendimentos de geração e a integração crescente dos sistemas, essas fases da indústria foram “migrando” para a titularidade da União ou dos Estados. Os arts. 16, 143 e 144 da Constituição de 1937 registram esse movimento que fracionou a titularidade dos serviços de energia elétrica. O inc. XV do art. 16 atribuía à União a competência privativa para “promover a unificação e standardização dos estabelecimentos e instalações elétricas, bem como as medidas de segurança a serem adotadas nas indústrias de produção de energia elétrica, o regime das linhas para correntes de alta tensão, quando as mesmas transponham os limites de um Estado”. Já os arts. 143 e 144 cuidavam de instituir a presença federal em caso de aproveitamento de potencial hidrelétrico. Embora essas normas não fizessem explicitamente a *publicatio*, foram tidas pela doutrina da época como instituidoras da titularidade federal desses serviços. O restante seria distribuído entre Estados e Municípios. Esse movimento de centralização culminou com a qualificação de todos os serviços de energia elétrica como de titularidade da União, com a Constituição de 1967 (art. 8º, XV, b). Sobre este processo de centralização dos serviços de energia elétrica, v. KAERCHER LOUREIRO, *Instituições de Direito da Energia Elétrica - Volume I*, Parte III, Cap. 1.

Quarta nota: o reconhecimento da titularidade em favor de um sujeito dentre os integrantes da Federação nem sempre resulta em plena disposição da atividade para ele. Este ponto é da maior importância para o exame dos serviços de saneamento e vale explorá-lo um pouco.

Começamos pelo contraste: exemplo eloquente de uma titularidade plena é aquela que a União exerce sobre os serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, XII, b). Seguindo os passos da Constituição de 1967, na Constituição atual não há partilha federativa<sup>27</sup>, bem como não existe ação privada garantida constitucionalmente. Coroa esta “autossuficiência” a competência normativa privativa da União para o tema (art. 22, IV).

Diversa (não plena) é a titularidade estadual sobre os serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º). E isto assim não porque os Estados não são titulares das outras fases da indústria, mas porque a União detém a competência privativa de legislar sobre “energia” (art. 22, IV), no que alcança, diretamente, o serviço estadual. Semelhante é a situação dos serviços municipais de transporte coletivo que sofrem a ação da União Federal, competente para editar diretrizes sobre transportes urbanos (art. 21, XX). O mesmo se pode dizer dos serviços públicos estaduais relativos ao uso de recursos hídricos. Também eles recebem o influxo do ente central, competente para “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (art. 21, XIX). É importante atentar para a circunstância de que essa articulação não instaura propriamente uma co-titularidade relativamente ao serviço. Ele segue sendo de titularidade de um deles, mas cria, para os demais, competências específicas que eliminam a plenitude dos poderes do titular (algo como competências concorrentes incidentes de outros integrantes da Federação sobre os serviços reservados a um deles). Veremos que com o saneamento básico acontece algo parecido.

Diante dessas notas todas, ressalte-se a peculiaridade do que ocorre no setor de exploração do gás natural. Para essa indústria, a Constituição teceu um arranjo não trivial: (i.) nem toda a indústria foi objeto de *publicatio* (ficaram de fora a venda do combustível, cf. art. 238; o transporte de gás natural por outros meios que não por dutos, em razão da interpretação estrita a ser feita da *publicatio* cf. item I.2.2.); (ii.) dentre as atividades reservadas ocorreu uma repartição entre diferentes entes da Federação (União e Estados); (iii.) a competência estadual (art. 25, § 2º) se estabelece por meio de um traço que que tradicionalmente acionaria a competência municipal antes que 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).

Esse breve panorama já é suficiente para mostrar quantas são as potenciais variações que poderiam inspirar o legislador ordinário para realizar a *publicatio* e a imputação de titularidade dos serviços de saneamento básico. Não há razão para enfrentar a disciplina constitucional deles a partir de uma

---

<sup>27</sup> Há, talvez, algumas tênues aberturas para ação estadual e municipal em tema de geração hidrelétrica, ex vi arts. 21, XII, b *in fine* e art. 23, XI da Constituição.

predeterminada e monolítica concepção acerca do que significam, na Constituição, *publicatio* e titularidade. Aliás, é justamente o oposto disso o que sugere este inventário que fizemos.

O que acabamos de ver trouxe à luz apenas a disciplina constitucional expressa acerca da *publicatio* e da titularidade. É da maior importância notar, porém, que os serviços de saneamento básico não foram, na Constituição, tratados diretamente. Essa constatação exige enfrentar um último tópico geral.

## II.3. Diretrizes constitucionais para as atribuições de titularidade pelo legislador ordinário

### II.3.1. Introdução

A Constituição poderá fazer quantas *publicationes* quiser sem risco de invalidade – receberia apenas a pecha de incongruente, dados os princípios de liberdade que enuncia. Mas e o legislador ordinário? Está ele autorizado a realizar “impunemente” a reserva de uma classe de atividades econômicas, com a sucessiva atribuição delas a um sujeito estatal? Em caso positivo, quais são seus limites, quais as diretrizes constitucionais?

Pode-se responder afirmativamente à primeira pergunta, ao menos em favor de Estados e Municípios<sup>28</sup>. Para eles, é juridicamente necessário supor semelhante possibilidade, uma vez que a Constituição reconhece o gênero mas não indica as espécies dos serviços públicos de “interesse local” (art. 30, V), e trata as competências estaduais como residuais (art. 25, § 1º, exceção feita à hipótese do § 2º, já mencionada). Quanto à segunda questão, relativa aos limites *materiais* para tais reservas, toca em tópico eivado de dificuldades e dúvidas mas que não deve nos preocupar. Como consignamos antes, há consenso de que ao menos água e esgoto configuram serviços públicos<sup>29</sup>.

A maior dificuldade, portanto, localiza-se na imputação da titularidade: a quem competem esses serviços públicos? A resposta depende de duas operações coordenadas: (i.) a determinação em abstrato dos conceitos de *interesse municipal*, *interesse estadual* e *interesse nacional* (e, sugere-se: de *interesses supramunicipais* e *supraestaduais*) e (ii.) a sucessiva subsunção dos casos concretos a esses conceitos, tal como construídos em (i.). Do tema (i.) se ocupam os itens II.4.2. e II.4.3. e do tema (ii.) o item II.4.6. Entre (i.) e (ii.) encontra-se o item II.4.4. que alarga a esfera tradicional dos interesses públicos, para agregar, ao lado dos três tradicionais tipos, figuras intermediárias (interesses supramunicipais e supraestaduais);

---

<sup>28</sup> A admissão de novas *publicationes* para a União pode ser mais delicada. Se se têm em mente a preferência constitucional pela organização privada da economia e o modo como se construíram as competências do ente central no seio da Federação (elas são expressas na Constituição), seria possível colocar em dúvida novas *publicationes* em favor da União fora da Constituição. Em todo o caso, a legislação ordinária o admite (v., p.ex., os incs. V e VI do art. 1º da Lei 9.074/1995).

<sup>29</sup> Talvez não exista esse mesmo consenso para certas outras atividades qualificadas como serviços públicos pela Lei 11.445/2007, mas não vamos nos deter nesse ponto.

e encontra-se também o item II.4.5. que afronta superficialmente a questão de saber a qual ente da Federação compete decidir sobre o que configura interesse nacional, municipal estadual etc.

### II.3.2. Balizas constitucionais para o legislador ordinário realizar a imputação de titularidade: a pertinência do interesse público satisfeito ou atingido

Como decidir, a partir da Constituição, se uma certa atividade é de titularidade municipal, estadual ou federal? Suas diretrizes orientam as escolhas do(s) legislador(es) ordinário(s) e, ao mesmo tempo, servem de instrumentos de controle delas.

De modo trivial, o critério para decidir sobre a titularidade de atividades econômicas não foram pre-determinadas na Constituição é a pertinência do interesse público afetado ou satisfeito por tal atividade. A União será titular dos serviços que satisfizerem ou atingirem seus interesses, os Estados dos serviços que satisfizerem ou atingirem os seus e os Municípios também. Essa constatação porém, pouco ajuda<sup>30</sup>, pois logo vem intuitiva a pergunta: *qual é critério que decide a qual sujeito da Federação pertence determinado interesse público?* Aqui entra em cena a perspectiva da *dimensão* ou *alcance* do interesse.

### II.3.3. O critério identificador da pertinência: interesse local, nacional e estadual

Não raro é possível ver o critério da dimensão do interesse operando claramente em atribuições de titularidade feitas pela Constituição. Esse é caso na área do transporte público: são federais os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, bem como os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, d, e). São municipais os serviços de transporte coletivo de interesse local (art. 30, V). E são estaduais os demais (por aplicação do art. 25, § 1º). O critério é

---

<sup>30</sup> A trivialidade da relação titularidade da atividade-pertinência do interesse público esconde uma circunstância importante: em certas ocasiões, a responsabilidade por um serviço não parece ter sido estabelecida em base à pertinência do interesse, mas teve por fundamento outras considerações como, p.ex., a incapacidade (econômica, de expertise regulatória etc.) do ente ao qual o interesse público pertence para gerir o serviço. Um exemplo paradigmático desta hipótese se fez presente no setor elétrico quando o governo federal, diante do estado de anomia da indústria, substituiu-se, “para todos os fins”, aos Municípios (titulares originários e “naturais”), nos contratos de concessão que esses sujeitos tinham com companhias privadas para prestação desses serviços públicos, mesmo que tais serviços tivessem por base um sistema isolado de energia elétrica servindo apenas o território da comuna, o que era muito comum nesse período, que ainda estava longe dos grandes movimentos de interligação de redes. A intervenção trazida pelo Decreto-Lei 5.764/43 não foi de gestão associada ou de co-titularidade (ou mesmo de representação dos Municípios pela União). Tratou-se de efetiva alteração da titularidade. Em algumas hipóteses do direito positivo atual também não é fácil justificar a titularidade do serviço puramente em razão da pertinência do interesse. Trataremos melhor desse tópico adiante, mas já vale refletir sobre a razão da imputação da titularidade da União a todos os serviços de energia elétrica, inclusive daqueles sistemas isolados e remotos, que não passam do território municipal e para os quais a hipótese de integração à rede nacional está longe. A mesma reflexão pode ser feita inclusive em face dos serviços de distribuição de energia - que, nos Estados Unidos, são de competência dos Estados. Da mesma forma, se poderia indagar acerca da razão que levou a Constituição a entregar aos Estados a titularidade dos serviços locais de gás canalizado.

também formulado explicitamente em outros dispositivos. A Constituição lança mão das ideias de “interesse local<sup>31</sup>” e “interesse nacional<sup>32</sup>”, para marcar, respectivamente, a pertinência do interesse ao Município e à União. Relativamente aos Estados, é interessante notar que não há uma qualificação diferenciada do tipo de interesse que a eles cabe - como foi o caso em outras Constituições<sup>33</sup>. Esta ausência não é coisa sem importância, como logo descobriremos (seria de interesse estadual, à luz do art. 25, § 2º da Constituição, tudo aquilo que, atinente ao interesse público, não se deixe configurar como local ou nacional<sup>34</sup>).

Com esse deslocamento do sujeito (União, Estados e Municípios) para a dimensão (nacional, estadual e local) avança-se um passo na definição da titularidade, mas logo surge nova dúvida: quais seriam os critérios para identificar essas dimensões? Responder isso é crucial para que se possa apreciar as escolhas legislativas dos sujeitos da Federação, visto que cada lei deles que realiza uma *publicatio* e imputa uma titularidade pode ser tida como interpretação ou aplicação das noções de interesse municipal/local, federal/nacional ou estadual. Ocorre, porém, que as indagações formuladas não encontram respostas uniformes e satisfatórias em nosso direito. Sobre o que é local, nacional (e estadual) controvertem doutrina e jurisprudência e, diante desse quadro, não é nossa pretensão definir cada esfera. Busca-se algo mais modesto: indicar alguns critérios que poderiam ser usados para extremar a dimensão nacional daquela local e estas daquela estadual.

#### II.3.4. Critérios para construir os conceitos de interesse local, nacional e estadual

Colhem-se na doutrina e jurisprudência os seguintes critérios possíveis para determinar o que é local, nacional e estadual:

*Extensão dos beneficiários do serviço.* Essa nota é intuitiva e esteve na origem da repartição federativa dos serviços de infraestrutura. Ela apresenta, contudo, dificuldades e não parece poder ser adotada, ao menos isoladamente. Se aplicada, permitiria estabelecer com segurança apenas o que é de interesse local e, portanto, municipal, mas deixaria dúvidas quanto ao resto (certamente será municipal o serviço que beneficiar apenas os habitantes da comuna. Mas, e nos demais casos? Será o interesse - e de consequência, o serviço - estadual se for ultrapassado o território do Município, ou será ele objeto de uma espécie de “condomínio” entre as comunas que o serviço alcança? E se passar do plano estadual?).

---

<sup>31</sup> Art. 30, I e V.

<sup>32</sup> Com relação à União, o “interesse nacional” pode se extraído do conjunto todo do arranjo federativo e mesmo de alguns dispositivos esparsos (por exemplo, arts. 148, II; 172, 176).

<sup>33</sup> Na Constituição de 1934, os Estados tinham competências privativas (arts. 7º e 8º). Já a Constituição de 1937 estabeleceu uma cláusula geral fundada no “peculiar interesse dos Estados” (art 8º).

<sup>34</sup> Essa repartição encontrava-se expressa na Constituição de 1967. Nos termos do art. 13, § 1º, “[c]abem aos Estados todos os poderes não conferidos por esta Constituição à União ou aos Municípios.”

- *Localização da infraestrutura.* Este critério assemelha-se ou até se confunde com o anterior<sup>35</sup> e, como ele, não ser apto para um uso isolado (a simples situação territorial dos bens e instalações de um determinado serviço não há de ser o critério decisivo favorecido pela Constituição<sup>36</sup>).
- *Extensão dos efeitos de determinadas externalidades do serviço.* Esse critério talvez seja mais adequado do que os anteriores, mas também não é isento de problemas de aplicação. Quais externalidades (ambientais, econômicas, sociais) serão levadas em conta para fazer o discrimen entre o que é serviço local, estadual e federal? Em qual medida a externalidade escolhida deve ocorrer para que seja ultrapada a dimensão local e se a tenha como algo estadual ou nacional? Depois: as externalidades escolhidas serão apreciadas em cada fase da atividade - para distribuir de conformidade a titularidade<sup>37</sup> - ou o setor será considerado em bloco?
- *Caráter estratégico do serviço,* independentemente de seu alcance efetivo. Esse critério é mais diáfano, mas talvez seja apto a explicar, por exemplo, a razão pela qual o serviço de energia elétrica é de competência da União mesmo em circunstâncias nas quais não ultrapasse os confins de um Município (os acanhados sistemas isolados de curto alcance).

A esses, vários outros “candidatos” poderiam ser agregados para construir conceitos de interesse local, estadual ou nacional. Na jurisdição constitucional (ADI 1.842) e na legislação setorial (Leis 13.089/2015 e 11.445/2007) encontramos ainda outras caracterizações, as quais já foram objeto de estudo mais detalhado<sup>38</sup>. A adoção de um desses critérios (em alguma de suas modalidades), ou de suas combinações, produzirá resultados distintos acerca do que toca à União, aos Estados e aos Municípios e é exatamente essa variação que torna tão difícil aprender o que é local, nacional etc.

---

<sup>35</sup> Os serviços de energia elétrica tipificam um caso de uso desses nesse sentido. Em sua origem, foram tidos como municipais porque os sistemas isolados de então não passavam sequer de suas áreas urbanas.

<sup>36</sup> A esse respeito, veja-se que os serviços locais de gás canalizado são estaduais, mesmo na hipótese em que toda a infraestrutura, inclusive aquela dedicada à extração do gás, se contenha no território de um único Município (aliás, a operação desse sistema autosuficiente exige outorga federal para a produção do combustível fóssil e estadual para a sua distribuição de gás. Outros exemplos poderiam ser introduzidos em que o que determina a qualidade do interesse (se local, estadual ou federal) não é dado puro e simplesmente pela dimensão do território atendido ou dotado do serviço.

<sup>37</sup> Por exemplo: nos serviços de saneamento seria possível apreciar separadamente a fase de captação de água de um rio que atende a vários Municípios em confronto com os sistemas de distribuição. Em semelhante circunstância poderiam ser reputadas municipais as fases de distribuição (art. 3º-A, *caput*) mas não necessariamente a de captação de água (art. 3º-A, II).

<sup>38</sup> Lá dizíamos: “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 (limitrofes). 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 limitrofes.” (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,

Antes de encerrar esse item, faça-se uma breve observação especificamente sobre o que toca aos Municípios: qualquer que seja o critério adotado, não se pode equacionar, sem qualquer qualificação ulterior, interesse local com território municipal. Isso pela simples razão de que toda e qualquer atividade acontece no e impacta o espaço municipal. Por isso, não é possível estabelecer o interesse desse ente pelo fato incontornável de ser ele o ponto onde se concretiza toda e qualquer ação pública. Essa circunstância isolada enseja apenas que o Município atue, em princípio, de modo suplementar (art. 30, II). Para vincar este ponto, é útil fazer retornar o qualificativo suprimido do art. 30, V e dizer que aquilo que desencadeia a competência privativa municipal é o caráter “peculiar” do interesse local envolvido.

### II.3.5. Existem “interesses federativos intermediários”? Como lidar com eles?

O problema que agora temos que enfrentar já foi sugerido pela observação feita acima, de que a Constituição vale-se dos conceitos de *interesse local* e de *interesse nacional* para atribuir esferas próprias de ação aos Municípios e à União, mas nada diz sobre como dimensionar ou identificar os interesses dos Estados. Fez-se, então, a pergunta: seria de interesse estadual, à luz do art. 25, § 2º da Constituição, tudo aquilo que, atinente ao interesse público, não se deixasse configurar como local ou nacional? Essa zona residual e cinzenta configuraria um “interesse regional”, o qual serviria para afirmar a titularidade estadual de todos os serviços que se situassem aí? A perplexidade traz embutida outra, especialmente sensível em tema de saneamento básico: como tratar situações em que o interesse ultrapassa o plano local, mas não chega a alcançar todo o território estadual? Um serviço público que tivesse esse tipo de alcance seria de titularidade do Estado ou dos Municípios afetados (ou de ambos, em condomínio)? Indagação de mesmo teor se repropõe no plano estadual/federal: a quem pertence o interesse “supra-estadual” que não alcança dimensão nacional?

Que esses *interesses federativos intermediários* - representativos de um *federalismo de regiões*<sup>39</sup> - existem e que a Constituição os conhece e disciplina, provam-no as normas gerais dos arts. 25, § 3º; 43 e 241, bem como dispositivos específicos. Se assim é, a quem pertence o interesse intermediário e quem é o titular dos respectivos serviços?

Mais uma vez, a resposta da Constituição não é monolítica e geral. Em alguns casos de que se ocupa diretamente, ela parece ter optado por atribuir o interesse e o serviço ao ente “mais abrangente”. Pense-se nos serviços de transporte público que ligam apenas dois Municípios, ou que conectam apenas

---

como dependente do “efetivo compartilhamento” de infraestruturas (art. 8º, II).” KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **Prestação Regionalizada de Serviços de Saneamento: o Estado Federado como Ponto Focal das Políticas Setoriais.**, CERI-FGV/RJ, 2021.

<sup>39</sup> Com a condição de se acrescentar, na citação, a referência aos Municípios, a passagem da obra de Fernanda Dias Menezes de Almeida ilustra o ponto: “Repensando a atual composição de forças, entendem alguns que só o remanejamento de poderes não seria uma solução para se chegar ao equilíbrio desejado, porque o federalismo que se assenta no binômio clássico União-Estados estaria definitivamente morto. Esta a posição, por exemplo, dos defensores de um federalismo de regiões como alternativa. É o caso, entre nós, de Paulo Bonavides e Paulo Lopo Saraiva, que têm preconizado como fórmula de redenção do pacto federativo um novo pluralismo de bases para a Federação, entronizando-se a autonomia política das regiões como um quarto nível de governo.” DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, **Competências na Constituição de 1988**, 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 45.



dois Estados (ou tenha-se presente, de maneira geral, o clássico princípio da competência federal para todos os assuntos “interestaduais<sup>40</sup>”, tenham a abrangência que tiverem). A titularidade do serviço, no primeiro, caso é estadual e no segundo, federal (art. 21, XII, e, d).

Já nas normas de alcance indeterminado, especialmente aquela do art. 241, a solução parece ser a de um “condomínio” (a “gestão associada de serviços públicos” ali referida). Mesmo o art. 25, § 3º, na leitura que dele fez o STF (ADI 1842), parece sugerir a solução de titularidade compartilhada nos casos de interesse supramunicipal que dê origem a “funções públicas de interesse comum” (expressão, aliás, que foi adaptada e utilizada pela Lei 11.445/2007, art. 3º, XIV, *infra*).

Para não restringir desnecessariamente as opções de que dispõe (ou de que teria tido à disposição) o legislador ordinário no setor de saneamento, vamos deixar em aberto três possibilidades de conformação desses interesses intermediários: (i.) eles podem ensejar a titularidade condominial apenas dos sujeitos diretamente interessados; (ii.) eles podem ensejar a titularidade condominial dos entes diretamente interessados ou, finalmente (iii.) eles podem ensejar a titularidade exclusiva do ente de maior abrangência. Voltaremos ao assunto depois.

### II.3.6. Afinal, quem decide de quem é o interesse e, portanto, a titularidade do serviço?

Estamos aqui às voltas com outro imbróglio, dadas as possíveis (prováveis) intersecções, sobreposições e diversidade de apreciação acerca do que pode vir a ser o interesse local, o interesse estadual e o interesse nacional (e aqueles intermediários). Pode uma lei federal definir o que é “interesse local” em relação à determinada atividade? Poderia uma lei estadual estabelecer que, afora os casos expressamente previstos na Constituição em que a competência é federal, eventuais novos serviços públicos que alcancem o seu território e o de um outro Estado contíguo são de titularidade estadual (compartilhada)? A questão, tal como as demais, não é de fácil solução mas, assim como aquela relativa aos limites materiais da *publicatio*, pode ser contornada para os serviços de saneamento. Ela foi resolvida pelo art. 21, XX que assevera ser da União a competência para editar “diretrizes” sobre saneamento básico (dentre outros assuntos). Entende-se que a este título, como legislador *nacional*, a União pode, sim, estabelecer os contornos e os limites dos interesses locais, estaduais federais em tema de saneamento (o que efetivamente a Lei 11.445/2007 fez, como oportunamente constataremos).

---

<sup>40</sup> Com a mesma orientação, ainda que fora do plano da *publicatio* e da titularidade de atividades reservadas, tome-se a preeminência da União para regular o comércio interestadual, qualquer que seja sua dimensão e alcance (art. 22, VIII). Ou na competência da política federal para apurar infrações que tenham “repercussão interestadual” (art. 144, § 1º, I).

No direito constitucional anterior, outro exemplo da competência federal para serviços e atividades que ultrapassassem as fronteiras de um Estado está no já citado art. 16, XV da Constituição de 1937, relativo às redes de transmissão de interesse interestadual.

### II.3.7. Da construção em abstrato do conceito de interesse federativo para a sua aplicação em concreto: o problema da subsunção

Nos itens anteriores estivemos às voltas com a construção dos conceitos abstratos de “interesse nacional”, “interesse local”, “interesse estadual”, “interesse supramunicipal”, “interesse comum” etc. Elencamos, especialmente no item II.4.4. algumas notas características (critérios) que poderiam ser utilizadas para identificar cada esfera. A função dessa atividade interpretativa em abstrato é a de apontar as propriedades ou notas características que os casos concretos devem apresentar para poderem ser reconduzidos a um ou outro conceito.

Acertado, por exemplo, que o discrimen entre o que é local, nacional ou estadual é o conjunto dos beneficiários do serviço, e diante de um específico serviço de transporte, indaga-se sobre seu titular: se o serviço atender a apenas a um Município, será ele “de interesse local” (os beneficiários são aqueles que se encontram no território da comuna). De consequência, a titularidade será do Município; caso se prolongue por duas cidades de Municípios diferentes no mesmo Estado, o serviço será estadual e a titularidade será do Estado; por fim, se essas duas cidades estiverem localizadas em Municípios de Estados diferentes, o serviço será de interesse nacional e a titularidade da União. Essas operações hipotéticas todas nada mais são do que *subsunções*: comparamos as características do caso concreto em exame com as características que compõem, em abstrato, os conceitos de interesse local, nacional e estadual. Tal caso se enquadrará em um ou outro dos diferentes conceitos e irá, junto com seus semelhantes, constituir o universo de serviços que tipificam cada conceito.

Mas o que tudo isso tem a ver com nossos problemas de titularidade? Resposta: quando a Constituição ou o legislador constrõem suas normas com esse conceitos abstratos (diferentes tipos de interesses federativos), faz-se necessário, sempre, esse processo de subsunção, ou de concretização, dos casos que surgirem. A subsunção pode ser mais fácil ou mais difícil; pode ser realizada automática e intuitivamente; ou pode ser ponderada e justificada. Em se tratando, por exemplo, de “comercialização de isótopos de meia vida igual ou inferior a duas horas” (art. 21, XXIII, b), a subsunção será mais fácil e relativamente invariável; diante de um caso concreto, sabemos (os técnicos sabem) imediatamente se estamos, ou não, diante de uma ocorrência que tipifica o conceito (i.e., que possui as propriedade de ser isótopo; de ser um isótopo de meia vida igual ou inferior a duas horas e de estar submetido à comercialização). Por outro lado, no caso de conceitos vagos e indeterminados como os de “serviços de interesse local”, ou de “interesse nacional”, ou de “interesse comum”, que submetidos a distintas possibilidades de construção (item II.4.4.), essa segurança não está presente.

À parte a complexidade que advém do caráter aberto desses conceitos em suas construções abstratas, a própria subsunção não é estável. E isso sob duas perspectivas, uma “material” e outra “temporal”: sob a perspectiva material, considere-se o caso de dois serviços de transporte que têm o mesmo propósito e a mesma configuração, mas cujos alcances territoriais são diferentes. Nada obstante semelhantes sob o ponto de vista do que fazem, eles serão de titulares diferentes (União, Estados ou Municípios). Sob a

perspectiva temporal, o serviço poderá mudar de titular ao longo de sua existência, se mudar de alcance. Isso ocorreu com os serviços e instalações de energia elétrica que, com o passar do tempo, deixaram de ser municipais para serem federais; e isto, “naturalmente<sup>41</sup>”, isto é, sem necessidade de criação de unidades supramunicipais (como aquelas de que fala o art. 25, § 3º da Constituição).

Em resumo: a identificação em concreto de serviços e de titularidades que se fundam em conceitos indeterminados sofrem uma tripla instabilidade: a.) aquela relativa à oscilação na construção dos conceitos em abstrato (item II.4.4., encontráveis nas discussões em tese da doutrina, p.ex.); b.) a atinente à configuração concreta e c.) aquela de transformação empírica (as duas últimas, mais frequentemente encontráveis em discussões judiciais). Com essas noções podemos ir para o objeto específico de nosso estudo.

### III. OS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição refere expressamente o saneamento básico em apenas 3 dispositivos seus: arts. 21, XX; 23, IX e 200, IV.

Já a partir de uma interpretação *prima facie* pode-se constatar que **em nenhum deles a Carta fez a *publicatio constitucional da atividade, de modo que, conseqüentemente, não há qualquer atribuição de titularidade desses serviços a algum sujeito da Federação***<sup>42</sup>. E, se assim é, as duas operações que vimos estudando até o momento, a *publicatio* e a imputação de titularidade, deverão ser feitas pelo legislador ordinário<sup>43</sup>, com todas as dificuldades que antes vimos. Mas, antes de chegar aí, examinemos mais de perto esses artigos<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Apenas posteriormente essa mudança foi positivada nas Constituições, como referido antes.

<sup>42</sup> Para quem já quer objetar que o art. 30, V, decidiria o caso, há de se dizer que essa é uma interpretação puramente intuitiva (*prima facie*) ou preguiçosamente lastreada em tradição irrefletida. Como veremos depois, a incidência do art. 30, V, necessita de dois procedimentos nada triviais: (i.) a construção do conceito de *interesse local* e (ii.) a subsunção das inúmeras iniciativas individuais e concretas em matéria de saneamento básico ao conceito construído.

<sup>43</sup> Em verdade, o legislador deverá realizar, além da *publicatio* e da imputação de titularidade, as demais operações indicadas no item I.2.1. que constituem e individualizam qualquer competência: a.) definir o objeto material sobre o qual incide; b.) estabelecer o modo de seu exercício. Como veremos, a Lei 11.445/2007 fez tudo isso, ainda que de modo atabalhado.

<sup>44</sup> Não vamos nos ocupar do último deles que reza: “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...); IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (...).”

### III.1. Os arts. 21, XX e 23, IX da Constituição

#### III.1.1. O artigo 23, IX

Dentre os dispositivos constitucionais, o art. 23, IX é o eixo em torno do qual se organiza a disciplina constitucional dos serviços de saneamento básico. É ele, inclusive, o único texto da Constituição que relaciona expressamente esse tema com os três entes da Federação<sup>45</sup>. Diz ele:

*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; (...).*

Conforme as categorias que lançamos na Seção I.1.2., este artigo institui uma competência concorrente, expressa e razoavelmente indeterminada (“saneamento básico”).

Tal competência não pode, em absoluto, ser confundida com uma *publicatio* das atividades de construção de moradias e de saneamento básico. Já por essa razão singela, não há também que se falar em instituição de titularidade sobre essas tarefas para a União, Estados e Municípios em “condomínio”, como no caso dos serviços de saúde (II.2. acima). Com efeito, as atividades do inc. IX não se tornam, só por ali estarem, serviços públicos ou atividades reservadas (como ocorre, por exemplo, com os serviços de energia elétrica, *ex vi* art. 21, XII, b). O art. 23 não tem essa função ou força, o que se pode já constatar pela leitura de seu primeiro inciso<sup>46</sup> e também pela atividade de construção de moradias, mencionada no próprio inc. IX.

O que o inc. IX do art. 23 positivamente faz é atribuir, conjunta e indistintamente à União, aos Estados e aos Municípios, a tarefa de “promover a melhoria das condições de saneamento básico”.

A rigor, isso sequer competência é. “Promover a melhoria” de algo mais se assemelha a um objetivo ou finalidade de certa competência, a ser atingido pelo exercício de um feixe amplo e indeterminado de capacidades que o dispositivo não indica (estamos frente a competências implícitas, cf. I.1.2. *supra*). Por isso, é de se supor que, salvo restrição expressa (que existe, logo veremos), todos os três entes possuem, *em conjunto*, todos tipos de competência que elencamos no item I.1.1. (normativa, material ou de execução, de planejamento, de fomento etc.). União, Estados e Municípios podem, em princípio, editar normas, executar atividades<sup>47</sup>, planejar iniciativas e estimular a constituição de serviços de saneamento

---

<sup>45</sup> Sem prejuízo de se poder extrair conclusão semelhante do art. 200, IV.

<sup>46</sup> “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; (...).”

<sup>47</sup> A Lei 11.445/2007 inclusive prevê hipóteses de atuação prestacional da União em tema de saneamento, em seus arts. 50, § 3º e 53-D.

básico. Assim é, ao menos, até o momento em que sobrevier norma que organize essa concorrência de atribuições (lei complementar federal ex vi art. 23, par. único ou lei da União de caráter nacional, para dispor “diretrizes”, cf. art. 21, XX, cf. adiante). Sob uma perspectiva puramente constitucional, está aberta a maneira como a coordenação das competências concorrentes que incidem sobre o saneamento básico ocorrerá. Pode-se, por exemplo: a.) distribuir diferentes tipos de competência para diferentes entes da Federação (de modo que a a um deles caiba produzir normas; a outro realizar atividades materiais; e a um terceiro estimular por meio de aporte de recursos etc.); ou pode-se também b.) reconhecer a todos eles os mesmos tipos de atribuições, diferenciando o que cabe a cada qual por qualidades ou características internas de cada tipo (isso parece já ter sido feito pela Constituição com relação à competência normativa: todos a possuem, mas à União cabe editar *diretrizes* e aos Municípios toca legislar sobre temas locais e suplementar a legislação federal e estadual, cf. art. 30, incs. I e II; os Estados legislam sobre que estiver entre um extremo e outro, por força do art. 25, § 1º).

Neste momento, o que importa salientar é: se e quando houver a *publicatio* das atividades de saneamento e a imputação de titularidade - o que, sabe-se bem, já ocorreu, mas a questão, por ora, é conceitual - o sujeito titular desses serviços públicos terá que conviver, forçosamente com a “intrusão” dos demais entes da Federação no desenvolvimento da atividade. Já pelo art. 23, IX (mas também pelo art. 21, XX, que estamos por apresentar) conclui-se que a **titularidade dos serviços públicos de saneamento não será plena** (à diferença, p.ex., daquela que a União tem sobre os serviços de energia elétrica<sup>48</sup> cf. item II.1.1.). Quem quer que seja o titular, não terá ele absolutas amplitude e liberdade de ação.

Isso quanto ao art. 23, IX.

### III.1.2. O artigo 21, XX

Dispõe o art. 21, XX:

*Art. 21. Compete à União (...).*

*XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; (...).*

O art. 21 é normalmente tido como a sede das competências materiais (ou executivas ou administrativas) privativas da União. No caso em apreço, porém, estamos diante de uma competência *normativa* a cargo do ente central da Federação.

---

<sup>48</sup> Estamos falando apenas de interferências fundadas diretamente sobre o mesmo objeto; intersecções provenientes do exercício de competências afins certamente podem ocorrer. Mas, nesse caso, o problema não é de cooperação e coordenação em face de uma mesma competência, mas de delimitação de objeto de diferentes competências.

Essa competência normativa não se identifica, propriamente, pelo veículo normativo (se lei, se regulamento, se ato normativo de agência etc.), ou por sua hierarquia. Ela se fixa por peculiares qualidades que a norma a ser produzida deverá possuir. Grosso modo, tais qualidades referem-se ao grau de profundidade no trato dos temas (raso), na abrangência do tratamento (larga) e no caráter estruturante (máximo) dos comandos editados a título de “diretrizes”. Com esses atributos, as diretrizes do art. 21, XX aproximam-se das *normas gerais* do art. 24, § 2º.

O que sejam tais normas gerais permanece sendo matéria de acesa controvérsia na doutrina e jurisprudência (o debate nasceu com a Constituição de 1934) e não precisamos nos ocupar de desenvolver o tema<sup>49</sup>. Basta ter presente que, no caso do saneamento, também temos uma competência normativa concorrente, resultante da combinação dos arts. 21, XX e 23, IX. E a partilha tem uma racionalidade semelhante àquela que preside o art. 24 da Constituição (embora não se manifeste, formalmente, do mesmo modo).

Há, porém, um aspecto específico nesse “condomínio legislativo”, como qualifica a competência concorrente o Prof. Machado Horta: se à União cabe editar diretrizes/normas gerais, o que cabe a Estados e Municípios? *Prima facie*, a resposta é: depende de como for concebida a titularidade dos serviços<sup>50</sup>. Se municipal, a competência de editar normas deste poder público será mais ampla porque estará calcada nos incs. I e V do art. 30 da Constituição, os quais, por sua vez, arrimam-se na ideia de *autonomia* (art. 18). Do contrário, limitar-se-á a “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (art. 30, II). Resposta semelhante, embora a partir de outros dispositivos da Carta, pode ser obtida em face da situação dos Estados.

Assim sumariamente bosquejado o arranjo normativo, vem natural a questão acerca da possível existência e do modo de prevenir e resolver antinomias entre essas normas<sup>51</sup>. A prevenção faz-se por meio

---

<sup>49</sup> Como anota Itiberê Rodrigues, “não há consenso doutrinário sobre os critérios ou parâmetros objetivos que possam balizar a exata distinção entre normas gerais e normas suplementares – bem ao contrário! Em um estudo de 1988 (“Competência concorrente limitada – O problema da conceituação das normas gerais”, in RIL 100/127), ainda importante, tal sua profundidade de abordagem, o professor carioca Diogo de Figueiredo Moreira Neto já listava oito diferentes teses ou teorias doutrinárias tentando descrever o que seriam “normas gerais”: Tese 1: Estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais; Tese 2: Não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado; Tese 3: Devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos; Tese 4: Devem ser “regras uniformes” para todas as “situações homogêneas” (i.e. iguais/gerais); Tese 5: Só cabem quando preenchem lacunas constitucionais ou disponham sobre “áreas de conflito”; Tese 6: Devem referir-se a “questões fundamentais”; Tese 7: São limitadas no sentido de, editadas pela União, não poderem violar a autonomia dos Estados (ou dos Municípios); Tese 8: Não são normas de aplicação direta a casos concretos, estabelecem apenas limites e restrições para as normas suplementares. (...). Em vista disso, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o resultado dos julgamentos tem sido às vezes aparentemente contraditório (...).” Os julgados referidos pelo Professor da Universidade Federal de Pelotas são os seguintes: ADI 3059; ADI 927; ADI 2656; ADI 1278; ADI 2832; ADI 3668; ADI 3916; ADI 1980.

<sup>50</sup> Um rol das competências dos titulares dos serviços de saneamento encontra-se no art. 9º da Lei 11.445/2007.

<sup>51</sup> Conforme se adote uma ou outra maneira de descrever uma norma (supra), pode-se dizer que “(a.) em um sistema jurídico há uma antinomia quando um dado comportamento é deonticamente qualificado em dois modos incompatíveis por duas normas diversas pertencentes ao sistema ou (b.) em um sistema jurídico há uma antinomia quando para uma certa hipótese de fato são previstas duas consequências jurídicas incompatíveis por duas normas pertencentes ao sistema.” GUASTINI, *Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione - Trattato di Diritto Privato*, p. 410.

da interpretação conforme; a solução, por meio da retirada do ordenamento jurídico da norma produzida pelo sujeito que indevidamente avançou sobre a esfera de ação do ente federativo competente. Não se trata, é bem sabido, de hierarquia - pelo que uma lei estadual pode ceder diante de um ato normativo federal, por exemplo - mas de validade, regulada pela ideia de competência: o ato produzido em ofensa à competência de outrem é nulo não porque ofende esta norma, mas porque ofende a Constituição<sup>52</sup>.

Para finalizar essa passagem pelo art. 21, XX, faremos referência a duas dúvidas que possivelmente irão se instalar na disciplina jurídica do saneamento básico. Ambas giram em torno da categoria das normas gerais/diretrizes no setor de saneamento. A primeira diz respeito ao exame que merecem as normas editadas por meio da Lei 11.445/2007 à luz dessa categoria. Aparentemente, nem todas aquelas que se encontram nos Capítulos I a VIII<sup>53</sup> da Lei apresentam as propriedades esperadas de normas gerais e/ou de diretrizes. O problema de discriminar, em um veículo normativo federal, o que é e o que não é “geral” é tradicional em nosso direito público mas, como afirmado, não pertine ao objeto aqui versado, eis que decisões sobre *publicatio* e titularidade são, sim, temas condizentes com a generalidade e fundamentalidade que se espera dessas normas a cargo da União.

A segunda questão envolve o tipo de *veículo normativo* que pode ser utilizado para positivizar as diretrizes ou normas gerais. É que, para além da Lei 11.445/2007, *et pour cause*, espera-se a chegada das *normas de referência* da ANA - Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, as quais versarão sobre os tópicos nucleares da prestação dos serviços e servirão, justamente, para deitar parâmetros<sup>54</sup> e para a padronização da regulação<sup>55</sup>. As dúvidas geradas por essa figura são várias, mas relacionadas: possuem elas o caráter de “diretrizes” para efeitos do art. 21, XX da Constituição (caso em que teriam ancoragem também na Carta e não apenas nas Leis 11.445/2007 e 9.984/2000)? Em caso positivo, seriam vinculantes *per se*, e não apenas uma espécie de *soft law* a ser seguida para que se obtenha auxílio econômico federal<sup>56</sup>? Essas questões constitucionais serão, mais cedo ou mais tarde, enfrentadas, mas podemos prescindir delas aqui. O que nos interessa saber é que normas gerais e diretrizes são comandos que carregam as decisões fundamentais acerca de todos os aspectos do serviço.

---

<sup>52</sup> Como anota Itiberê Rodrigues, “é pacífico no STF o cabimento de ações de inconstitucionalidade contra leis de normas suplementares estaduais, o que confirma que, nesse controle, o julgador conclui não pela lesão ao texto da lei de normas gerais da União, e sim diretamente pela lesão ao conceito constitucional de normas suplementares, conforme previsto nos §§ do art. 24, CF 1988. Logo, o que ocorre, na interpretação do STF, é uma invasão da competência da União pelo Estado/DF (e não um conflito de hierarquia entre as leis). E vice-versa: quando a União, em vez de apenas editar lei de normas gerais, desce aos detalhes da matéria, editando normas de caráter suplementar, ela invade a competência constitucional de Estado/DF para editar essas normas suplementares. Em suma, toda vez que um Estado/DF edita normas suplementares contrárias às normas gerais da União, o que temos é um exercício inconstitucional da competência para edição de normas suplementares por esse Estado/DF, e por isso a norma suplementar também é inconstitucional e deve ser invalidada e anulada.” Sobre o tema, STF (ADI 2.903, in DJe-177, 19.09.2008).

<sup>53</sup> Esse problema não se põe para o Capítulo IX que estabelece a Política Federal de Saneamento.

<sup>54</sup> Sobre elas, vejam-se os arts. 22, I e 25-A da Lei 11.445/2007 e os arts. 4º-A e 4º-B da Lei 9.984/2000.

<sup>55</sup> Arts. 47, III (dispositivo completamente desconectado do *caput*) e 48, III da Lei 11.445/2007.

<sup>56</sup> Art. 50, III da Lei 11.445/2007.

De todo esse passeio pelos aspectos da competência normativa dos entes da Federação em tema de saneamento, a ideia fundamental a reter vai assim resumida: **nos termos do art. 21, XX da Constituição, cabe à lei federal estabelecer “diretrizes” para o saneamento básico. E são tipicamente matéria de diretrizes, a realização da publicatio e a imputação de titularidade (visto que a Constituição não fez isto). Cabe, portanto, a uma lei federal - in casu, a já existente Lei 11.445/2007 - a decisão sobre sobre esses pontos.**

Certo: há limites a serem observados. Vamos vê-los mais de perto.

### III.2. Liberdades e limites do legislador ordinário nacional em matéria imputação de titularidade dos serviços de saneamento: orientações constitucionais

Chegamos ao fim de nossas investigações. Assumindo-se corretas todas as reflexões lançadas até o momento, podemos voltar de modo direto ao objeto específico desse estudo: as orientações constitucionais para a configuração da titularidade dos serviços de saneamento; e podemos voltar também ao seu objetivo, tal qual formulado na Introdução: mostrar que várias possibilidades estavam - ou estão - abertas ao legislador ordinário *nacional*, quanto ao modo de imputar a responsabilidade pelos serviços públicos de saneamento a um ente público.

Sim: falamos em legislador *nacional*. É certo que, até o advento da Lei 11.445/2007, as decisões fundamentais na matéria eram tomadas no mais das vezes por leis municipais que regulavam os serviços de saneamento (ou por leis complementares estaduais que atuavam o art. 25, § 3º da Constituição). Reputa-se que tal situação seja juridicamente inadequada. As questões estruturantes do setor inserem-se na competência da União para editar diretrizes sobre saneamento básico, cf. art. 21, XX.

#### III.2.1. Publicatio

Não custa reiterar: a Constituição não a fez, mas, ao menos para Estados e Municípios, há de se admitir a possibilidade de o legislador ordinário realizar *publicationes*, por meio das quais se criam *serviços públicos* desses entes da Federação (tópico II.4.1., acima). De consequência, o problema não reside nessa possibilidade em abstrato. Também pouco trabalhoso é o cômputo de identificar o ente público que a deve fazer: é a União, por força do art. 21, XX da Constituição, a qual produz, para tanto, uma lei ordinária<sup>57</sup>. Não pode haver dúvida de que este tema é típico de uma lei que disponha diretrizes sobre o setor de saneamento.

Mais delicada se apresenta a tarefa de delinear as fronteiras da reserva estatal de atividade econômica. Até onde podem ou precisam ir os serviços públicos de saneamento básico, considerando as cautelas lançadas no item ? A resposta oferecida pela Lei 11.445/2007 está nos seus arts. 3º, I; 3º-A; 3º-

---

<sup>57</sup> Que já possuímos: é a Lei 11.445/2007.



B; 3º-C; 3º-D; 5º, 6º e 7º (o art. 5º expressamente recusa a reserva da atividade para as hipóteses que enuncia).

À luz das considerações lançadas no item I.3.2. acima, seria possível empreender uma análise crítica das definições da Lei 11.445/2007, para verificar se algo ali poderia *não* ser serviço público porque passível de realização adequada em regime de livre iniciativa. Se a resposta for positiva, há de se ter a tarefa como atividade econômica *privada* (mesmo que regulada). Esta verificação poderia ser feita, inclusive, de modo segregado, para cada fase dos quatro serviços de saneamento elencados pela Lei 11.445/2007. A título de exemplo e provocação, não pareceria despropositado indagar acerca da (des)necessidade de configurar como serviços públicos algumas das fases da distribuição de água potável (ou do esgotamento sanitário, ou do manejo de resíduos sólidos e *così via*). A Constituição mesma já mostrou que nem todo o percurso setorial precisa ser público (exemplos da indústria do petróleo e gás natural, cf. item II.3.).

### III.2.2. Titularidade

Como quer que sejam tratadas as dificuldades próprias da *publicatio*, ainda mais sujeita a tormentas se apresenta a questão da imputação da titularidade. Se não realizou a reserva de atividade, evidentemente a Constituição não imputou a titularidade (visto que ela que pressupõe o primeiro movimento<sup>58</sup>, por mais que, por tradição, sejamos suscetíveis a automatismos, associações intuitivas e subsunções *prima facie*). Diante desse cenário, várias são as perguntas e mais variadas ainda são as respostas.

Quem pode decidir sobre a titularidade? Entendemos, mais uma vez, que é a União, por meio de sua lei de diretrizes - o que foi efetivamente feito pela Lei 11.445/2007, em seu art. 8º.

Como deve ser realizada a *publicatio*? A orientação constitucional sugere - ou comanda - que a lei se utilize da ideia de *pertinência* do interesse (item II.3.2.) a qual, por sua vez, desemboca no critério identificador do *alcance* do interesse (item II.3.3.). Este, por sua vez se materializa em uma das possibilidades indicadas no item II.3.4.). Em resumo: ao imputar a titularidade, a lei nacional terá que levar em consideração o interesse público que é realizado ou atingido pelo serviço e decidir de conformidade: será ele *nacional*, *local* ou *estadual* (ou intermediário, cf. item II.3.5.).

De tal sorte, as questões cruciais residem mesmo no item II.3.4. e se concentram (i.) na eleição do critério que será utilizado para construir os conceitos indeterminados dos interesses nacional, estadual e local (alcance do serviço/infraestrutura, externalidades, caráter estratégico etc.) e (ii.) na forma como será este critério aplicado (se por fases do serviço, se em bloco).

---

<sup>58</sup> Item I.1., acima.

Relativamente a essas questões, a Constituição permite que o legislador *eleja*, dentre várias possibilidades, os critérios de construção dos conceitos referidos. Para plasmar o interesse local, nacional, regional etc., qualquer daqueles antes apontados (razoavelmente manejado) é válido. Poderia o legislador, por exemplo, estabelecer como caracterizador do interesse estadual (e, portanto, da titularidade estadual), a circunstância de a atividade de saneamento valer-se de um recurso natural estadual (rio) e/ou comum a várias localidades. Ou de ser ela passível de expansão por entre vários Municípios etc. (esses foram critérios usados em outros setores para configurar titularidade do “ente mais abrangente”, Estado ou União). Poderia ainda o legislador ordinário das diretrizes do saneamento formular um conceito maleável de interesse local/estadual que permitisse a natural “migração” da sua titularidade, sob as perspectivas que vimos no item II.3.7. Não é necessário escolher critérios rígidos e restritivos e não seria, *ex constitutione*, necessário fazer depender a (co)titularidade estadual desses serviços das providências formais do art. 25, § 3º da Constituição.

Depois: não é só a *publicatio* que poderia ser fracionada - com uma parte pública e outra privada da atividade. Ainda que integral, seria concebível uma *titularidade pública federativamente fracionada* entre diversos entes da Federação. O exemplo paradigmático desse modelo é, mais uma vez, a indústria dos combustíveis fósseis (cf. itens II.1.1. e II.2., acima). Em síntese: as hipóteses que descrevemos nos itens II.1.1., II.1.2. e II.1.3. poderiam ser utilizadas no caso do saneamento. Não há nada que determine serem eles, *a priori* e sempre, serviços locais e, portanto, municipais.

Como veremos em outra ocasião, a Lei 11.445/2007 endereçou esses tópicos e tomou uma dentre as tantas estradas possíveis: definiu o que seja “interesse local” (art. 3º, XV), “interesse comum” (art. 3º, XIV) e distribuiu as titularidades seguindo, em parte<sup>59</sup>, essa orientação (art. 8º, incs. I, II e § 1º). Essas disposições legais nada mais são do que interpretações em abstrato dos conceitos constitucionais presentes nos arts. 30, V e 25, § 3º. Pode-se discutir, no mérito, se as definições são adequadas ao setor e se atendem às necessidades do serviço<sup>60</sup> mas, juridicamente, o que fizeram foi atuar as normas da Constituição relativas ao alcance do interesse para imputar titularidades. As normas citadas fizeram o que antes (itens II.4.3. e II.4.4.) qualificamos como interpretação “em abstrato”, isto é, escolheram uma dentre os critérios disponíveis para a construção da intensão dos conceitos de interesse nacional, local, estadual (supramunicipal e supraestadual) e o tornaram direito positivo (o critério escolhido foi o compartilhamento, ou não, de instalações, para a maior parte das prestações regionalizadas<sup>61</sup>).

---

<sup>59</sup> Diz-se “em parte” porque há lacunas no arranjo legal. A “gestão associada”, por exemplo, nem faz apelo ao interesse local nem ao interesse comum. Ela dá origem ao fenômeno de titularidade do § 1º do art. 8º, enquanto que o interesse local enseja o inc. I e o interesse comum o inc. II do art. 8º.

<sup>60</sup> É plausível supor que, ao confinar o interesse comum - e as possibilidades de prestação regionalizada por meio de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões - ao “efetivo compartilhamento” de instalações de saneamento (art. 3º, inc. VI, a e inc. XIV; e art. 8º, II), a Lei 11.445/2007 tenha sido demasiado restritiva, para além do que se poderia depreender da ADI 1.842.

<sup>61</sup> Essa escolha, se ganha em segurança jurídica propiciada por uma razoável facilidade de identificação que o critério empírico fornece (ou há compartilhamento ou não há), perde em amplitude e flexibilidade.

Essa operação, no entanto, é apenas uma parte do processo que leva à identificação do ente titular. Não está dispensada a *subsunção* dos casos concretos aos conceitos de interesse local - a qual fornece a *extensão* do conceito.

Essas reflexões todas culminam num ponto: não é constitucionalmente necessário fazer para os serviços de saneamento - como muitas vezes se faz equivocada e apressadamente - uma associação automática e *a priori* deles com o interesse local, para daí passar à conclusão de que todos serviços de saneamento básico são de titularidade municipal. Tal afirmação pode ser feita, p.ex., para os serviços de energia elétrica que são, todos, de titularidade federal por expressa determinação do art. 21, XI, b. No caso dos serviços de saneamento, não há essa associação direta. A construção da titularidade deles é mediada pelas duas operações acima referidas (construção abstrata dos conceitos e subsunção dos casos a eles). Essas operações é que, em conjunto, determinam a titularidade (e não uma simples leitura do art. 30, V).

