

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

TITULARIDADE, ARRANJOS INTERFEDERATIVOS
E CONTRATAÇÕES À LUZ DO NOVO MARCO
LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO



Realização:

Ministério Público do Estado de Goiás
Centro de Apoio Operacional
Área de Atuação do Patrimônio Público e Terceiro Setor

Procuradoria-Geral de Justiça:

Aylton Flávio Vechi- Procurador-Geral de Justiça

Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais:

Laura Maria Ferreira Bueno – Procuradora de Justiça
Subprocuradora-geral de Justiça para Assuntos Institucionais

Elaboração (texto):

Fabiana Lemes Zamalloa do Prado
Promotora de Justiça e Coordenadora da Área de Atuação
do Patrimônio Público e Terceiro Setor

Hélio Abadio Pereira Júnior – Assessor Jurídico

**A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO
TITULARIDADE, ARRANJOS INTERFEDERATIVOS E CONTRATAÇÕES À LUZ DO
NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO**

INFORMAÇÃO TÉCNICO-JURÍDICA 03/2022

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	2
1. INTRODUÇÃO	4
2. TITULARIDADE	7
3. REGIONALIZAÇÃO	12
3.1. MODALIDADES COMPULSÓRIAS	13
3.2. MODALIDADES VOLUNTÁRIAS	18
3.3. MODALIDADES HÍBRIDAS	23
4. FORMA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO	27
4.1. A POLÊMICA ENVOLVENDO OS CONTRATOS DE PROGRAMA	29
4.2. REGRAS PARA A CONCESSÃO DO SERVIÇO	33
4.3. SITUAÇÕES TRANSITÓRIAS	51
5. FINANCIAMENTO	62
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	64

APRESENTAÇÃO

A instituição de um novo regime legal para a prestação de um serviço público, mormente em um setor complexo, como é o de saneamento básico, suscita muitas dúvidas e questionamentos, especialmente diante dos impactos que a transição de modelos pode gerar na continuidade dos serviços públicos.

Diante da complexidade da questão, a envolver temas que tocam em diversas área de atuação do Ministério Público, a Coordenadora da Área do Meio Ambiente e Consumidor do Centro de Apoio Operacional do Ministério Público do Estado de Goiás solicitou apoio na elaboração de informação técnico-jurídica acerca dos contratos e arranjos para gestão associada dos serviços de saneamento básico, notadamente abastecimento de água e esgotamento sanitário, em razão das alterações promovidas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, instituído pelas alterações da Lei n. 14.026/2020 à Lei 11.445/2007 e Decreto n. 10.710/2021.

Após relatar a existência de crescente demanda das Promotorias de Justiça sobre os aspectos contratuais da prestação do serviço, com o objetivo de direcionar os questionamentos apresentados pelas Promotorias de Justiça, sugeriu, sem prejuízo de outras ponderações, a abordagem dos seguintes pontos:

1. Considerando o princípio da continuidade do serviço público, seu caráter essencial e a lacuna legislativa deixada pelo Novo Marco do Saneamento Básico quanto à possibilidade de pactos temporários para fornecimento dos serviços públicos durante o período de transição/adequação à lei, questiona-se, quanto à proibição da celebração de instrumentos precários para contratação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário:

a) na hipótese de um Município que possui contrato de programa vencido (água/esgoto), a fim de que não haja interrupção dos serviços, a par da obrigatoriedade legal de realização de licitação, são possíveis aditivos ou pactos temporários até o município adequar-se aos moldes da nova lei (com a realização do respectivo procedimento licitatório)? Se sim, quais? Se não, como deve proceder o Município enquanto não forem concluídos os trâmites legais exigidos?

b) quais orientações devem ser observadas para adequação dos contratos vigentes para prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário à luz das inovações trazidas pela nova legislação? O que deve ser observado no tocante às implicações econômico-financeiras e orçamentárias decorrentes das adequações implementadas (por exemplo, o potencial repasse de novos custos ao usuário dos serviços)?

2. Considerando que a Política Nacional do Saneamento Básico prioriza e incentiva a prestação regionalizada do serviço e, em atenção ao teor do Ofício Circular nº 08/2021 CAOMA/CONSUMIDOR (Atena n. 202100264472), que trata sobre as medidas do Estado de Goiás para regionalização dos serviços de saneamento básico, questiona-se:

a) quais arranjos de gestão associada são possíveis (ex: consórcios e convênios de cooperação)?

b) é possível a realização de Parceria Público-Privada?

c) quais regras do procedimento licitatório devem ser observadas para contratação de empresas prestadoras de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário?

d) é possível a realização de leilão para outorga do saneamento (água/esgoto)?

e) a empresa vencedora poderá efetuar subcontratações para prestação do serviço de que logrou vencedora no procedimento licitatório?

A fim de dar subsídios aos membros do Ministério Público, diante dos questionamentos formulados e objetivando auxiliá-los no enfrentamento das diversas questões complexas que exsurgem da nova normativa, a Área de Atuação do Patrimônio Público e Terceiro Setor elaborou o presente estudo que aborda, dentre outros aspectos, a titularidade, os arranjos interfederativos e as contratações para a prestação dos serviços de saneamento básico, com especial enfoque para as concessões.

1. INTRODUÇÃO

As atualizações no Marco Legal do Saneamento Básico, promovidas pela Lei n. 14.026/2020, objetivam a universalização dos serviços de saneamento básico no país até 2033, por meio de maior eficiência na prestação dos serviços e obtenção de maiores investimentos, com a regionalização do serviço em busca de escala e maior participação da iniciativa privada, como também mediante a uniformização regulatória do setor.

Desde a década de 1970, com a instituição do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), o serviço de saneamento básico ficou incumbido a Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs), que, valendo-se de linhas de financiamento concedidas pelo Banco Nacional de Habitação (BNH), contraíam para si o dever que originalmente cabia aos Municípios, titulares dos serviços. Nessa fase, os investimentos eram garantidos, em sua maioria, por recursos do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), créditos obtidos em instituições brasileiras ou internacionais, além da disponibilidade do Fundo de Financiamento para Saneamento (FISANE)¹.

¹ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Saneamento básico: a evolução jurídica do setor. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, 2021 (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249867732/v1/page/RB-1.1>)

Em 2007 foi sancionada a Lei n. 11.445/2007, que instituiu a Política Nacional de Saneamento Básico. O diploma legal mencionado previu instrumentos importantes, como o Conselho de Saneamento, a regulação de serviços, a instituição de planos etc. Na ocasião, o Plano Nacional de Saneamento (PLANSAB) fixou prazo para a universalização de cada serviço, com meta específica por região. Conforme relata Lobo², muitos recursos foram disponibilizados para o setor, porém a execução deles ficou aquém da expectativa, mormente pela falta de projetos de engenharia entre 1990 e 2007.

Nesse cenário, aos 16 de julho de 2020, foi publicada a Lei n. 14.026/2020, que possui como justificativa para a sua aprovação a constatação de que a população brasileira enfrenta graves problemas de acesso aos serviços de saneamento, em especial, a cobertura por rede coletora de esgoto e a coleta e a destinação ambientalmente adequada de lixo³. Além disso, a maioria dos prestadores de serviços é formada por empresas estaduais de economia mista, pois cuida-se de setor altamente monopolizado, com presença da iniciativa privada em apenas 5,2% dos Municípios. Entretanto, em uma conjuntura de grave crise fiscal com restrição de investimentos públicos, entendeu-se que só restaria construir parcerias sólidas com a iniciativa privada, a fim de suprir as carências do setor.

Considerou-se, ademais disso, para a aprovação da lei, o alto índice de cancelamento de contratos por causa da impossibilidade de execução dos empreendimentos; a grande variabilidade de regras regulatórias e a baixa capacidade regulatória dos titulares dos serviços, que geraram um obstáculo ao desenvolvimento do setor e à universalização dos serviços; a falta de coordenação e de racionalização das ações federais no setor; a ausência de clareza quanto à titularidade dos serviços; a falta de consistência, em termos de eficácia, dos instrumentos contratuais do setor; a insustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços em Municípios mais

² LOBO, Inaê. O Novo Marco Legal do Saneamento Básico – princípios e objetivos. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 305-316.

³ Aproximadamente 35 milhões de brasileiros não têm acesso a água tratada. Metade da população brasileira, em torno de 104 milhões de pessoas, não tem serviços de coleta de esgoto (<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125482&ts=1616445848371&disposition=inline>).

pobres; os problemas de financiamento enfrentados para as atividades de manejo de resíduos e limpeza urbana; e, por fim, a falta de segurança jurídica para o desenvolvimento do setor⁴.

Objetivando solucionar tais problemas, a Lei n. 14.026/2020 inova, ao atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) a competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento básico; alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, de modo a convertê-lo em Especialista em Recursos Hídricos e Saneamento Básico; impor a observância, na prestação de serviços de saneamento básico, do disposto no artigo 175 da CF/88, vedada a sua prestação por meio de contratos de programa; aprimorar as condições estruturais do saneamento básico; tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; estender sua área de aplicação às microrregiões e autorizar a União a participar do fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessão e parcerias público-privadas, com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados (art. 1º da Lei n. 14.026/2020).

A atualização do marco legal visa, assim, a uma intervenção no atual *déficit* de atendimento dos serviços de saneamento básico. O desenho traçado pelo novo diploma assume como premissa a necessidade de promover segurança jurídica, condições sadias de competição entre as empresas e regulação adequada como condições essenciais para o desenvolvimento do setor. Com isso, intenta melhorar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico e garantir, até 31 de dezembro de 2033, o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) com coleta e tratamento de esgotos (*caput* dos arts. 10-B e 11-B, da Lei n. 11.445/2007).

As significativas alterações provocadas pelo novo Marco Legal do Saneamento Básico deram causa a inúmeras contestações por parte de partidos políticos e representantes do setor de saneamento, que viram no novo regramento uma limitação

⁴ SENADO FEDERAL. Tasso Jereissati. *Parecer n. 71/2020-PLEN* (<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125482&ts=1616445848371&disposition=inline>).

inconstitucional à autonomia dos entes municipais. Propostas nada menos que quatro ações diretas de inconstitucionalidades, ADI's ns. 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882, o Supremo Tribunal Federal afastou a alegada inconstitucionalidade, julgando-as todas improcedentes, nos termos do voto do relator, Ministro Luiz Fux.

Assim sendo, as novas disposições acrescentadas pela Lei n. 14.026/2021 à Lei n. 11.445/2007 encontram-se plenamente em vigor, cabendo ao aplicador do direito conferir-lhes interpretação consentânea com o texto constitucional e demais normas que regulam a matéria, a fim de viabilizar a adequada prestação dos serviços de saneamento básico, nos moldes idealizados pelo legislador e impostos pelo constituinte.

2. TITULARIDADE

No âmbito do federalismo de cooperação instituído pela Constituição Federal, os serviços de saneamento básico são dotados de significativa complexidade, que se reflete na concomitância de competência administrativa exclusiva à União, para instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive no saneamento básico (art. 21, inciso XX, CF/88), competência legislativa privativa da União para disciplinar temas correlatos ao saneamento (a exemplo das águas, nos termos do art. 22, inciso IV, CF/88), competência comum a todos os entes federados para a promoção de programas de saneamento básico (art. 23, inciso IX, CF/88) e a competência dos Municípios para legislar sobre a disciplina de assuntos de interesse local, bem como para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local (art. 30, incisos I e V, CF/88).

Nessa conjuntura, a titularidade dos serviços de saneamento básico gerou muita discussão no passado, principalmente antes da definição do posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.842-5/RJ, na qual se assentou que:

Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade

contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro [...]. 3. Autonomia municipal e integração metropolitana. A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os Estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo. **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). **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.** 4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. **O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico.** A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25,

§ 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. **A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos.** Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. 5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. **Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente.** A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa” constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado

do Rio de Janeiro. 6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9868/1998, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente (ADI 1842, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013 EMENT VOL-02701-01 PP-00001) (negrito inserido).

Fortalecendo o papel de coordenação já atribuído à União pelo texto constitucional, a lei atualizadora do Marco Legal do Saneamento Básico, ao alterar o art. 8º, da Lei n. 11.445/2007, assimilou a posição do STF, quanto à titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, estabelecendo ser esta dos Municípios e do Distrito Federal, em caso de interesse local, como também do Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, nos termos do art. 25, § 3º, da CF, no caso de interesse comum⁵.

É evidente, em regra, a natureza de serviço de interesse local do saneamento básico, uma vez que a prestação deste exige a observância das particularidades de cada localidade, ressaltando, de modo indiscutível, a predominância do interesse local.

Todavia, caso se verifique o interesse comum na prestação do serviço, na forma contemplada no inciso II do *caput* do art. 8º da Lei n. 11.445/2007, incluído pela Lei

⁵ O Estatuto da Metrópole (Lei n. 13.089/2015), em seu art. 2º, II, considera função pública de interesse comum, a *“política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes”*.

n. 14.026/2020, a titularidade também será do Estado, que a exercerá em conjunto com os Municípios, **com que compartilhe efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual.**

Entretanto, é necessário pontuar, invocando a lição de Freire⁶:

[...] A leitura do dispositivo legal leva à ideia de que um ente regional somente poderá inserir em seu escopo de atuação os serviços em que já exista compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e esgoto entre 2 (dois) ou mais municípios. Isto é: antes mesmo da lei complementar estadual, deverá haver esse compartilhamento de infraestrutura. Isso não parece fazer muito sentido, já que, se hoje o Estado verifica que um conjunto de municípios seria mais bem atendido com esse compartilhamento futuro – ou melhor, que há necessidade política de integração das funções de planejamento, organização e execução dos serviços de saneamento básico –, então nada o impede de fazê-lo. Esta é uma competência que decorre diretamente da Constituição Federal (art. 25, §3º). Outra observação diz respeito ao fato de que apenas os serviços de saneamento básico de abastecimento de água e de esgotamento sanitário seriam de interesse comum. Isso também não faz muito sentido, já que nada impede que a lei complementar estadual repute que os outros serviços de saneamento básico também possam ser objeto de ação de região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião. O requisito constitucional para isso é que haja a avaliação da necessidade de integração das funções de planejamento, organização e execução.

Na hipótese descrita no artigo 8º, inciso II, a Lei 11.445/2007, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o serviço continua sendo um serviço municipal, cabendo, ainda, aos Municípios sua prestação. Só que, nesse caso, contará também com a participação do Estado, agora elevado à posição de titular do serviço, para, no âmbito de um Conselho Deliberativo, decidir como prestarão os serviços⁷.

⁶ FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 81-119.

⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do Serviço de Saneamento Básico à Luz da Lei Federal 14.026/2020. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, 2021 (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249867732/v1/page/RB-9.4>)

3. REGIONALIZAÇÃO

A perspectiva da prestação regionalizada de serviços de saneamento básico tem como premissa a ideia de cooperação entre os diferentes entes federativos, que se associam com o intuito de otimizar recursos públicos e permitir a melhor execução de seu dever constitucional.

Deveras, o objetivo da regionalização é obter ganhos de escala e garantir viabilidade econômico-financeira dos serviços, com vista na sua universalização, sendo esse um dos princípios fundamentais que regem a prestação do serviço de saneamento básico, esculpido no art. 2º, inciso XIV, da Lei n. 11.445/2007, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 14.026/2020.

É inegável que a prestação regionalizada, por incluir Municípios mais e menos atraentes e não necessariamente contíguos em um mesmo território de prestação, reduz o risco de que qualquer deles, por mais pobre e pequeno que seja, fique fora do processo de universalização.

Nesse cenário, para sustentar a política pública de universalização e viabilizar o atendimento também aos Municípios deficitários, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico estabeleceu novos mecanismos de regionalização, além das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, modalidades compulsórias, e a gestão associada, categoria voluntária, já existentes. Somam-se a estes, agora, as unidades regionais de saneamento básico e os blocos de referência, de caráter híbrido⁸.

A própria ideia de prestação regionalizada ganhou novos contornos, ora definida como a modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais

⁸ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, 2021 (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249867732/v1/page/RB-13.4>).

de um Município (art. 3º, inciso VI, da Lei n. 11.445/2007, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020), anteriormente era caracterizada pela prestação do serviço por uma única concessionária a dois ou mais titulares.

Com a edição da Lei n. 14.026/2020, ficou nítida a intenção do legislador de incentivar a regionalização, com a criação de uma série de vantagens para sua adoção, como a flexibilização das metas de universalização, para 1º de janeiro de 2040 (art. 11-B, § 9º, da Lei n. 11.445/2007), e a priorização da alocação de recursos públicos federais não onerosos (art. 50, VII, da Lei n. 11.445/2007).

3.1. MODALIDADES COMPULSÓRIAS

Conforme aludido acima, as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões representam um dos mecanismos de regionalização previstos no art. 3º, inciso VI, da Lei n. 11.445/2007, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 14.026/2020, e consistem em unidades instituídas pelos Estados, mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, compostas por agrupamento de Municípios limítrofes e regradas pela Lei n. 13.089/2015 (Estatuto da MetrÓpole).

As regiões metropolitanas referem-se aos conjuntos de Municípios limítrofes, de um mesmo Estado-membro, reunidos em torno de um Município-mãe. São verdadeiras entidades administrativas, superpostas aos Municípios de uma área constituinte de comunidade socioeconômica, com o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum a todas as unidades componentes (art. 2º, inciso VII, da Lei n. 13.089/2015).

No caso das regiões metropolitanas, além do agrupamento de Municípios e da presença de interesses comuns, verifica-se a existência de uma comunidade integrada em um espaço fortemente urbanizado – pelo que se apresenta como região urbana e não puramente territorial, trazendo, assim, a ideia de conjuntos de cidades polarizadas por uma cidade maior.

A inclusão, no marco legal, do reconhecimento das regiões metropolitanas como formato de gestão integrada dos serviços de saneamento básico comunica-se com a posição do Supremo Tribunal Federal, que, em várias oportunidades, pontuou a relevância desse arranjo para suprir um vazio legislativo sobre o tema e coordenar, de forma mais eficaz, a concomitância de competências sobre a matéria.

As aglomerações urbanas, por sua vez, são áreas urbanas de dois ou mais Municípios limítrofes, destituídas de sede, com elevada densidade demográfica e continuidade urbana, que possuam complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas (art. 2º, inciso I, da Lei n. 13.089/2015).

Já as microrregiões consistem no conjunto de Municípios limítrofes que não mantêm continuidade urbana, embora apresentem problemas comuns.

A instituição, por lei complementar estadual, das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, denominadas, aqui, conjuntamente, de entidades de governança interfederativa, implica a obrigação de os Municípios participantes destas compartilharem a competência material das funções públicas configuradas como de interesse comum. Os Municípios perdem a primazia sobre tais serviços e passam a ser comunheiros entre si e com o Estado da titularidade comum dos serviços de saneamento básico. Essa forma de regionalização é compulsória e independe da vontade dos Municípios, possuindo como requisitos tão-somente a edição de lei estadual instituidora da entidade de governança interfederativa e um ou mais signos de interesse comum⁹.

⁹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS, MICROREGIÃO. C.F., art. 25, §3º. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 357, parágrafo único. I. A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, depende, apenas, de lei complementar estadual. II. Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 357 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III. ADI julgada procedente (ADI 1841, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2002, DJ 20-09-2002 PP-00088 EMENT VOL-02083-02 PP-00255).

Assim sendo, nada obstante a intenção da Lei n. 14.026/2020 de pacificar, de uma vez por todas, a controvertida titularidade do serviço de saneamento básico nas hipóteses em que se verifica a existência de interesse comum, quando se pretende aplicar o novo diploma legal, ainda restam dúvidas que embaraçam a atuação do gestor. É que o inciso II do art. 8º da Lei n. 11.445/2007, incluído pela Lei n. 14.026/2020, ao tempo em que atribui a titularidade do serviço também ao Estado, quando presente o interesse comum, nas circunstâncias ali estabelecidas, reafirma o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que aquela será exercida em conjunto com os Municípios, sem esclarecer, de uma vez por todas, qual a atribuição de cada um desses entes na estrutura da entidade de governança interfederativa.

Deve-se concluir, desse modo, que a instituição das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões não resulta no exercício isolado, pelo Estado, da regulação, da fiscalização e das funções de poder concedente do serviço de saneamento básico no âmbito regional. Há de criar, na verdade, uma instância colegiada em que todos os participantes decidirão, em conjunto, a melhor forma de prosseguir com assuntos que dizem respeito ao interesse comum.

Segundo dispõe o art. 5º da Lei n. 13.089/2015, a lei complementar estadual que instituir a entidade de governança interfederativa definirá, 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.

Na linha do entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, Vanzella e Borges¹⁰ asseveram que ao Estado caberá organizar a entidade de governança interfederativa, instituindo, para tanto, uma entidade regional capaz de articular as funções e competências necessárias para o exercício de funções comuns dos Municípios, sem, no entanto, usurpar as competências destes como titulares dos serviços públicos de interesse local. Por meio dessa entidade, materializam-se instâncias, sendo uma delas colegiada, na qual os entes participantes decidirão, todos em conjunto, a melhor forma de prosseguir com assuntos que dizem respeito à consecução do interesse comum.

Dessa maneira, na medida em que o interesse comum tem supremacia sobre o interesse local, a competência é deslocada em parte ao Estado, de forma que, nos Municípios incluídos em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, os serviços públicos deixam de ser de competência municipal plena, e passam a ser de competência compartilhada entre os Municípios e o Estado respectivo¹¹.

Cumpra salientar a existência de intenso debate acerca da governança da entidade interfederativa, existindo autores, como Modesto, que discordam inclusive da participação do Estado no órgão deliberativo da entidade regional, enquanto Caio Tácito e Luis Roberto Barroso chegam a advogar a transferência da titularidade e da execução do serviço aos Estados¹².

Entretanto, conforme foi decidido na ADI 1.842-5/RJ, o melhor entendimento parece ser o de que as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões não são entidades políticas autônomas e, sim, entes de função administrativa e executória.

¹⁰ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, 2021 (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249867732/v1/page/RB-13.4>).

¹¹ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, 2021 (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249867732/v1/page/RB-13.4>).

¹² MODESTO, Paulo. Região metropolitana, estado e autonomia municipal: a governança interfederativa em questão. *Revisão Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 127-136, abr./jun. 2016.

Portanto, o poder concedente para outorga dos serviços de interesse comum após a instituição da entidade de governança interfederativa não pertence mais, isoladamente, aos Municípios ou ao Estado, mas ao condomínio de entidades federativas, reunidos em órgão colegiado, consoante, aliás, se extrai da redação do próprio inciso II do art. 8º da Lei n. 11.445/2007.

Nessa conjuntura, é de singular importância a estruturação do referido órgão, que, embora não precise prever a instituição paritária na representação e no processo de decisão colegiada, deve evitar o controle absoluto nas mãos de um único ente federativo. Referida estruturação poderá ser definida pela própria lei complementar estadual instituidora da entidade de governança interfederativa, como também por instrumentos de gestão associada, observando-se, em ambos os casos, a diretrizes estabelecidas nos arts. 6º a 8º da Lei n. 13.089/2015.

Com efeito, de acordo com Hely Lopes Meirelles, citado por Mencio, as entidades de governança interfederativa aludidas constituem ente administrativo estadual, que ora podem assumir a configuração da administração indireta, na figura de autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista, ora podem adotar a configuração de órgão do Estado (Secretaria do Estado), colegiado de representantes do Estado e Municípios (Conselho ou Comissão), segundo a lei que criar cada entidade de governança interfederativa¹³.

Entretanto, no âmbito da prestação de serviços de saneamento básico, sustentam alguns autores, diante do que estabelece o artigo 21 da Lei 11.445/2007, a necessidade de a entidade de governança interfederativa assumir a forma de autarquia.

¹³ MENCIO, Mariana. Competências da região metropolitana: água e esgoto. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*. Belo Horizonte, ano 12, n. 42, p. 59-83, out./dez. 2011. Fernando José Longo Filho traz exemplos concretos de tipos de modelagens jurídicas adotadas pelas entidades de governança interfederativa: Região Metropolitana de Florianópolis (autarquia especial – Lei Complementar Estadual n. 636/2014); Região Metropolitana do Rio de Janeiro (conselho deliberativo – Lei Complementar Estadual n. 148/2018), Região Metropolitana de Salvador (autarquia intergovernamental de regime especial – Lei Complementar Estadual n. 41/2014) (LONGO FILHO, Fernando José. Regiões metropolitanas, saneamento básico e privatizações. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 119, p. 189-208, jan./fev. 2020).

Por fim, impende destacar que, no âmbito do Estado de Goiás, segundo Projeto de Lei Complementar n. 6.301/2021, encaminhado pelo Poder Executivo, e ainda em discussão pelo Legislativo estadual, pretende-se promover a regionalização por meio da formação de duas microrregiões de saneamento básico, Centro-Oeste e Centro-Leste, que adotariam a natureza jurídica de autarquia intergovernamental de regime especial, consoante dispõe o art. 2.º do projeto de lei.

Uma vez adotado um modelo de regionalização compulsório, nada impede, **por decisão da entidade de governança interfederativa**, sejam adotados outros arranjos em âmbito regional, para a consecução de finalidades específicas.

3.2. MODALIDADES VOLUNTÁRIAS

O modelo de gestão associada, modalidade voluntária de regionalização, está previsto no art. 241 da Constituição Federal, que prescreve:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Essa modalidade de regionalização, por meio da celebração de consórcios públicos e convênios de cooperação entre entes federados, na área do serviço de saneamento básico, encontra-se expressamente prevista no § 1º do art. 8º da Lei n. 11.445/2007, incluído pela Lei n. 14.026/2020, o qual dispensa, em seu § 4º, na hipótese específica de convênios de cooperação, para a prestação de serviços de saneamento básico, a autorização legal.

Os consórcios intermunicipais de saneamento básico, compostos exclusivamente por Municípios, poderão prestar o serviço aos seus consorciados

diretamente, pela instituição autárquica intermunicipal (art. 8º, § 1º, inciso I, da Lei n. 11.445/2007, incluído pela Lei n. 14.026/2020). Nos termos do inciso II do § 1º, do referido dispositivo legal, esses consórcios terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, **vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.**

A vedação de celebração de contratos de programa no âmbito de consórcios públicos e convênios de cooperação para a prestação de serviços de saneamento foi reforçada pela inclusão do § 8º ao artigo 13 da Lei 11.107/2005, que assim dispôs:

Art. 13. [...].

§ 8º Os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim.

E de forma mais geral e ampla, na prestação de serviços de saneamento básico, de forma descentralizada, no artigo 10, *caput*, da Lei 11.445/2007:

Art. 10. 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, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

No tocante ao regime jurídico das estruturas de gestão associada para prestação dos serviços de saneamento básico, cumpre inicialmente destacar que a Lei n. 14.026/2020 introduziu o § 4º ao art. 1º da Lei n. 11.107/2005, reforçando que *“aplicam-se aos convênios de cooperação, no que couber, as disposições desta Lei relativas aos consórcios públicos”*.

Pois bem. Convênio e consórcios diferem-se da generalidade dos contratos administrativos porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes. A Lei n. 11.107/2005, regulamentada pelo Decreto n. 6.017/2007, dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, aplicáveis, no que couber, aos convênios de cooperação.

Segundo discorre Bandeira de Mello, consórcios públicos são contratos realizados entre as pessoas de direito público de capacidade política, isto é, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com vista na realização de atividades públicas de interesse comum, e dos quais resultará uma pessoa jurídica que os congregará¹⁴.

Esses consórcios públicos podem ter a forma de associação pública dotada de personalidade jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos (art. 1º da Lei n. 11.107/2005). Na primeira hipótese, farão parte da Administração indireta de todos os consorciados (art. 6º, § 1º). No segundo caso, embora a lei não diga, configurará empresa pública, fazendo parte da Administração indireta apenas da entidade governamental que detiver a maioria acionária¹⁵.

Especificamente quanto aos consórcios públicos intermunicipais, celebrados para a prestação de serviços públicos de saneamento básico, estabelece o artigo 8º, § 1º, inciso I, da Lei 11.445/2007 sejam instituídos na forma de autarquia intermunicipal.

Para a sua constituição deverá ser observado o procedimento da Lei n. 11.107/2005, em que se prevê a subscrição e publicação, na imprensa oficial, de um protocolo de intenções entre os consorciados (arts. 3º e 4º, § 5º), contendo as cláusulas necessárias descritas no art. 4º; a promulgação de lei própria de cada ente com a ratificação do protocolo (art. 5º); e a celebração do efetivo contrato de consórcio (art. 3º).

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 687.

¹⁵ *Idem. Ibidem.*

A Lei n. 11.107/2005 previu duas figuras contratuais, ambas possíveis no âmbito das relações entre pessoas jurídicas de direito público ou entre elas e entidades da Administração Pública indireta, quando constituam vínculos para obtenção de interesses comuns. Ditas figuras são os contratos de rateio e os contratos de programa.

Contratos de rateio são avenças compostas em decorrência de consórcios públicos, formalizadas em cada exercício financeiro, nos quais os consorciados estabelecem a repartição dos montantes a cargo de cada qual na execução das despesas inerentes, constituindo-se ditos contratos em condição para a entrega de recursos financeiros ao consórcio (art. 8º da Lei n. 11.107/2005).

Os contratos de programa, por sua vez, constituem ajustes firmados entre pessoas de direito público ou entre elas e pessoas da Administração indireta, como condição de validade das recíprocas obrigações, tendo por objeto a “gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos” (art. 13), desde que não se resumam na mera transferência de recursos financeiros¹⁶. O contrato de programa é estabelecido no âmbito dos consórcios ou convênios de cooperação e deve obedecer à legislação sobre concessão e permissão de serviços públicos.

Entretanto, vedou a Lei 11.445/2007, em vários dispositivos, a sua celebração na prestação de serviços de saneamento (artigo 8º, § 1º, inciso II, artigo 10, caput, ambos da Lei 11.445/2007 e artigo 13, § 8º, da Lei 11.107/2005, incluído pela Lei 14.026/2021).

Consoante os ensinamentos de Dallari, a pessoa jurídica que surge com o consórcio público buscará sempre a realização dos interesses públicos que ensejaram a sua criação, o qual não se confunde com os interesses específicos de cada uma das entidades que contribuíram para sua formação. Isto é, o consórcio público não precisa estar sempre em busca da unanimidade, para não se fragmentar ou inviabilizar a realização de

¹⁶ RIBEIRO, Wladimir António. O contrato de programa. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRAZIERA, Maria Luiza Machado (org.). *Novo Mercado do Saneamento Básico no Brasil*. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 116.

atividades de interesse geral. É preciso, entretanto, dispor de um processo democrático de tomada de decisões, que permita sempre salvaguardar interesses vitais da minoria e, inclusive, proporcionar compensações¹⁷.

Outro ponto importante diz respeito ao fato de o consórcio público poder firmar convênios e contratos, outorgar concessões, promover desapropriações, receber auxílios, contribuições e subvenções, além de cobrar tarifas e preços. Vale dizer, instituída na forma de autarquia, cuida-se de entidade pública que detém todas essas prerrogativas, devendo, por conseguinte, observar as normas de direito público sobre licitações e contratos, admissão de pessoal, contabilidade e prestação de contas, inclusive fiscalização pelo Tribunal de Contas competente (arts. 6º, § 2º, e 9º, parágrafo único, da Lei n. 11.107/2005).

Em outras palavras, a distribuição constitucional de competências tal qual prevista permanece a mesma. A grande vantagem é que essa nova entidade pública passa a ser titular do serviço do qual foi incumbida. Não há criação de uma nova entidade federativa, mas a conjugação de esforços das entidades existentes, mediante a criação de uma pessoa jurídica. Independentemente da distribuição constitucional de competências, quando se cria um consórcio público, este passa a ser um titular, e ele é que vai ter competência para dirigir inteiramente e para dispor sobre o serviço do qual é titular¹⁸.

Apesar de trazer margem mais expressiva de segurança jurídica, a constituição e o funcionamento de um consórcio público não resultam de medidas ágeis, uma vez que demandam a adoção de todo um complexo rol de ações que formalizam o procedimento anteriormente indicado. Por isso, dentro da discricionariedade atribuída aos entes federativos, também se autorizou o uso do convênio de cooperação para a prestação regionalizada, enquanto instrumento dotado de maior simplicidade, mas ainda pensado para a lógica da gestão associada.

¹⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Consórcios públicos e o marco legal do saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, 2021 (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249867732/v1/page/RB-11.3>).

¹⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Consórcios públicos e o marco legal do saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, 2021 (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249867732/v1/page/RB-11.5>).

Nos termos do art. 2º, inciso VIII, do Decreto Federal n. 6.017/2007, o convênio de cooperação é espécie de *“pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles”*.

Ao que se extrai do conceito transcrito, os convênios de cooperação se distinguem dos consórcios por não representarem uma nova figura, dotada de personalidade jurídica, mas um ajuste contratual, em que os entes federados, mediante aprovação prévia ou ratificação legal, ajustam a gestão associada de determinado serviço público.

Enquanto típicos convênios, submetem-se, no que cabível, ao quanto disposto no art. 116 da Lei de Licitações, e agora também no art. 184 da recente Lei n. 14.133/2021, que determina a celebração de um plano de trabalho no qual se regule, no mínimo, o objeto a ser executado, metas, etapas de execução, plano de aplicação de recursos financeiros e prazos de vigência total e de suas etapas. Havendo repasse de recursos financeiros, mostra-se necessária, ainda, a observância das regras contidas no Decreto Federal n. 6.017/2007 ou de normas específicas de cada ente federativo.

Pelo exposto, observa-se ser subjacente a ambos os institutos a voluntariedade, uma vez que tanto o consórcio público quanto o convênio de cooperação são negócios jurídicos de direito público que, como tais, assentam-se no acordo de vontades entre as entidades federativas deles participantes.

3.3. MODALIDADES HÍBRIDAS

Além das modalidades de regionalização já existentes, acima examinadas, a Lei n. 14.026/2020 prevê dois novos modelos que, por serem instituídos por lei ou ato normativo do Estado ou da União, mas que exigem a concordância dos entes municipais para sua formalização, por meio de celebração de um dos instrumentos de gestão

associada referidos, podem ser enquadradas como modalidades híbridas. Trata-se das unidades regionais de saneamento básico e dos blocos de referência.

A unidade regional de saneamento básico é aquela instituída pelos Estados mediante lei ordinária, formada 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 (art. 3º, *caput*, inciso VI, da Lei n. 11.445/2007, na sua redação atual).

Tais unidades regionais devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, ao menos uma região metropolitana, sendo facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento (art. 8º, § 2º, da Lei 11.445/2007). Note que a unidade regional deverá incluir, ao menos, uma região metropolitana e sua estrutura de governança deverá seguir o Estatuto da Metrópole (art. 8º, §§2º e 3º). Assim, a unidade regional terá área de abrangência igual ou maior à da região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião.

Também deverão possuir uma estrutura de governança que atenda às regras do Estatuto da Metrópole (art. 8º, § 3º, da Lei 11.445/2007).

Já os blocos de referência, outra modalidade de regionalização introduzida pela Lei n. 14.026/2020, são agrupamentos de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecidos pela União, de forma subsidiária aos Estados, no caso de omissão destes na instituição de outras formas de regionalização, verificada após o prazo de um ano, contado a partir da publicação da Lei n. 14.026/2020, ou seja, 16 de julho de 2020, e instituídos por meio de gestão associada dos titulares (arts. 3º, inciso VI, alínea c, e 52, § 3º, da Lei n. 11.445/2007 e artigo 15 da Lei 14.026/2020)¹⁹.

¹⁹ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, 2021 (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249867732/v1/page/RB-13.9>)

Acerca dos blocos de referência, não ficou determinado o veículo normativo que os estabelecerá. Uma analogia apressada com a determinação legal direcionada às unidades regionais poderia sugerir que uma lei federal seria a forma adequada de instituí-los. Entretanto, vale lembrar que a adesão dos municípios nessas estruturas é voluntária. Assim, segundo defendem Vanzella e Borges, a criação de um bloco de referência por decreto federal, em princípio, não feriria a autonomia dos titulares²⁰.

Importa ainda frisar que, em todos os casos de prestação regionalizada dos serviços de saneamento, as responsabilidades administrativa, civil e penal são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços públicos de saneamento, de acordo com o que estabelece art. 8º-B, da Lei n. 11.445/2007, igualmente acrescido pela Lei n. 14.026/2020.

Do mesmo modo, conforme prevê o art. 8º-A, do marco legal em estudo, é facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas de prestação regionalizada (exceto quando se cuidar de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, modalidades compulsórias de regionalização, previstas no artigo 25, § 3º, da CF/88). Não obstante, conforme mencionado acima, cumpre destacar que, como forma de incentivo à regionalização, a alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União encontram-se condicionados, entre outros requisitos, também i) à estruturação de prestação regionalizada; ii) à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada; e iii) à constituição da entidade de governança federativa também no prazo anteriormente citado (art. 50, incisos VII, VIII e IX, da Lei n. 11.445/2007, incluídos pela Lei n. 14.026/2020).

²⁰ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, 2021 (<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/249867732/v1/page/RB-13.9>)

Independentemente da modalidade de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, seu titular deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços (art. 8.º, § 5.º da Lei n. 11.445/2007). Ademais disso, seja na gestão associada, seja na prestação regionalizada dos serviços, os titulares poderão adotar os mesmos critérios econômicos, sociais e técnicos da regulação em toda a área de abrangência da associação ou da prestação (art. 24 da Lei 11.445/2007).

A despeito do arranjo adotado pelos titulares dos serviços de saneamento, o exercício da atividade **deve obedecer a um plano regional, elaborado em conjunto pelos interessados, podendo contemplar um ou mais componentes do saneamento básico, e com prevalência sobre os planos municipais já elaborados, em reforço à diretriz da regionalização (art. 17 da Lei n. 11.445/2007).**

Em todos esses modelos são criados mecanismos de governança em que todos os Municípios, em conjunto, tomam a decisão de ter um subsídio cruzado e uma integração de seus serviços de saneamento.

Com menor destaque no texto legal, previu-se, ainda, algumas figuras que serão contempladas pela nova política de regionalização dos serviços de saneamento básico. São elas: a região integrada de desenvolvimento (“RIDE”), as zonas especiais de interesse social (“ZEIS”) e as localidades de pequeno porte.

As regiões integradas de desenvolvimento são definidas como complexos geoeconômicos e sociais instituídos pela União com vista no desenvolvimento e na redução de desigualdades daquele espaço (art. 43 da Constituição Federal e art. 5º, § 1º, inciso II, do Decreto Federal n. 9.810/2019).

Para essas regiões, o novo marco estabeleceu que a prestação regionalizada do serviço de saneamento básico estará condicionada à anuência dos Municípios que a integram (art. 3º, § 5º, da Lei n. 11.445/2007).

No caso das zonas especiais de interesse social, compreendidas como espaços territoriais voltados à criação de moradias para a população de baixa renda, o marco determinou que o esgotamento sanitário incluirá conjuntos sanitários para residências e solução para a destinação de efluentes que se compatibilizassem com a política municipal de regularização fundiária (art. 3º-B, parágrafo único, da Lei n. 11.445/2007).

Examinadas as modalidades de regionalização do serviço de saneamento, constantes da Lei n. 14.026/2020, mister abordar as mudanças introduzidas pela nova lei no modo de prestação do serviço, principalmente no que se refere ao abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

4. FORMA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

Da titularidade do serviço de saneamento básico decorre para o ente público a obrigação de organizar (planejar e regulamentar) o serviço, bem como a de efetivamente prestá-lo à população. O planejamento, no âmbito municipal e regional, é tratado nos arts. 9º, 17 e 19 da Lei n. 11.445/2007, enquanto a política federal de saneamento básico está prevista nos arts. 48 a 53-D do Marco Legal do Saneamento Básico. A regulamentação, por sua vez, é objeto dos arts. 21 a 27 da Lei n. 11.445/2007 que, a par de outras disposições sobre este tema, determina que a função de regulação será desempenhada por autarquia.

Essas matérias, todavia, fogem ao objeto da presente Informação Técnico-Jurídica, cujo objetivo consiste em prestar esclarecimentos sobre a forma de prestação do serviço de saneamento básico, em especial, das atividades de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, em resposta à solicitação da Coordenadora da Área do Meio Ambiente e Consumidor do Centro de Apoio Operacional, que motivou sua elaboração.

Em princípio, cumpre observar o significado da expressão serviço de saneamento básico, que se encontra no art. 3º da Lei n. 11.445/2007, cuja redação foi alterada pela Lei n. 14.026/2020, segundo a qual saneamento básico é o conjunto de

serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável; b) esgotamento sanitário; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e d) drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

A área de saneamento básico insere-se no campo da prestação de serviços públicos, que podem ser executados diretamente pelas próprias entidades governamentais da União, dos Estados e dos Municípios, por meio de órgãos que integram as respectivas estruturas administrativas, hipótese em que estaríamos diante de uma prestação direta centralizada de serviços públicos. De outro lado, o mesmo serviço pode ser executado por organismos criados pelas referidas entidades federativas, quando se apresentam como autarquias, fundações ou empresas estatais. Nesses casos, em que um ente federativo cria uma pessoa jurídica própria para operar determinado serviço público, configura-se igualmente uma operação direta, mas dessa vez de natureza descentralizada.

Já o art. 175 da Constituição Federal contempla a possibilidade de que a prestação de serviços públicos se dê mediante a execução indireta, caso em que o poder público outorga a prerrogativa de prestar esse serviço a um ente alheio à estrutura administrativa. Nesta última hipótese, de outorga da execução do serviço a uma entidade externa à Administração Pública, o principal mecanismo jurídico pelo qual se viabiliza a execução indireta é exatamente a concessão de serviço público. É esta modalidade de execução indireta do serviço de saneamento básico que se encontra sob exame.

Nessa conjuntura, deve-se observar que, conforme a redação atual do art. 10, *caput*, da Lei n. 11.445/2007, “a prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração do contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária”.

O art. 8º, § 1º, inciso II, que trata do exercício da titularidade por meio de consórcios intermunicipais de saneamento básico também ressalta a vedação da

“formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório”.

Igual disposição encontra-se no § 8º do art. 13 da Lei n. 11.107/2005, segundo o qual *“os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão observar o art. 175 da Constituição, vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim”.*

Percebe-se, do exposto, o propósito incontestável do legislador de impedir a celebração de novos contratos de programa entre os titulares do serviço e companhias estatais de saneamento básico, supostamente responsáveis pela ineficiência do setor. A lei tenta instituir a concorrência no setor ao prever a obrigatoriedade de licitação. Busca, ademais, atrair investimentos privados e permitir o aumento gradual da desestatização do setor, estimulando a privatização das atuais empresas estatais de saneamento.

4.1. A POLÊMICA ENVOLVENDO OS CONTRATOS DE PROGRAMA

Entre as mudanças mais importantes promovidas pela Lei n. 14.026/2020 está a revisão do instituto do contrato de programa, que continua válido para outras situações de natureza cooperativa entre os entes da Federação, nos termos da Lei de Consórcios Públicos. Buscou-se evitar, com essa inovação, o emprego desse instrumento contratual especificamente para a prestação de serviços de saneamento básico, cuja outorga deverá ser objeto de concessão, precedida de licitação, como definido no art. 175 da Constituição Federal, caso os serviços não sejam prestados diretamente pelo titular.

O contrato de programa, como mencionado alhures, é um instrumento jurídico que permite que um ente federativo transfira a execução de serviços públicos a outro ente (art. 13, *caput*, da Lei n. 11.107/2005). Nessa modalidade contratual, deve haver o detalhamento das regras para a prestação dos serviços públicos, a política tarifária, as obrigações de cada parte, a modalidade de regulação e fiscalização dos serviços, bem

como as vedações contratuais à delegação das funções de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços (art. 13, § 3º, da Lei n. 11.107/2005).

O referido instituto pode ser firmado por meio de dispensa de licitação para delegação de serviços públicos, conforme previsto no art. 24, XXVI, da Lei n. 8.666/1993, e agora também no art. 75, XI, da Lei n. 14.133/2021. Isso porque o regime de gestão associada da prestação dos serviços públicos traduz-se no compartilhamento de funções e serviços entre entes federados, bem como entre convenentes públicos e os atores executores que eventualmente integrem a relação contratual.

Ocorre que, conquanto seja evidente a intenção do legislador de evitar a celebração de contratos de programa, no caso em que o exercício da titularidade seja atribuído ao Estado, nos moldes do que determina o art. 8º, inciso II, da Lei n. 11.445/2007, incluído pela Lei n. 14.026/2020, tem-se que considerar que, se o Estado é titular do serviço de saneamento em conjunto com os Municípios e controla empresa de prestação de serviços de saneamento, o art. 10, primeira parte do *caput*, da Lei n. 11.445/2007 não se aplicaria à hipótese, haja vista que o dispositivo legal fala de licitação para delegação dos serviços a entidade **que não integre a Administração indireta do titular, o que, conforme visto acima, não seria o caso.**

Ao discorrer sobre esse tema, Freire²¹ obtempera:

[...] se o estado é o titular dos serviços (“em conjunto com os Municípios [...]”, nos termos acima citados), uma vez instituída a autarquia regional, seria possível que esta descentralizasse tecnicamente para uma empresa estadual de saneamento básico? Não existe um impedimento para que isso ocorra, desde que ela fique restrita à descentralização da prestação. O importante é que, neste caso, haja a previsão legal expressa desta descentralização técnica da prestação e que, como deveria ocorrer nas tomadas de decisão

²¹ FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 81-119.

relacionadas à descentralização, exista justificativa técnica mostrando que esta é a melhor opção para o interesse público. Note que, neste caso, não estamos falando em contratação direta, nem mesmo via contrato de programa. Estamos falando da descentralização técnica, isto é, da descentralização realizada por meio de lei a uma entidade da Administração indireta do ente titular do serviço. No caso, do ente titular do Estado instituidor da região metropolitana.

Desse modo, na hipótese de a titularidade do serviço ser também do Estado, na forma do artigo 8º, inciso II, da Lei 11.445/2007, havendo companhia de saneamento sob o controle do Estado e sendo a estatal eficiente e sustentável, **como também havendo a deliberação da entidade de governança interfederativa ou acordo com os Municípios para que os serviços sejam por ela realizados**, a prestação dos serviços por entidade estatal do Estado não encontraria óbice no disposto no artigo 10, *caput*, da Lei 11.445/2007, por se cuidar de hipótese de prestação direta do serviço, descentralizada.

Observe-se que a decisão de prestação direta, descentralizada do serviço por entidade estatal do Estado não é uma deliberação do Estado, mas da entidade de governança interfederativa, da qual os Municípios integrantes da região metropolitana, microrregião ou aglomeração urbana deverão participar, num ambiente de deliberação coparticipativa, sem controle absoluto do Estado.

Essa é a conclusão que se extrai da conjugação do art. 13, § 8º, da Lei n. 11.107/2005 com o art. 10, *caput*, da Lei n. 11.445/2007, ambos resultantes das inovações promovidas pela Lei n. 14.026/2021, porquanto, embora o primeiro contenha uma vedação completa à celebração de contrato de programa no âmbito da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, o segundo, *a contrario sensu*, ressalva as hipóteses em que os serviços são prestados por entidade que integre a Administração do titular²².

²² Nesse mesmo sentido: DIAS, Bruna Crystie Gregio. Exercício conjunto de titularidade por Estados e Municípios no Novo Marco Regulatório do Saneamento. In: GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 243-254. MONTEIRO, Vera. Nas regiões metropolitanas e afins a titularidade do serviço de

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, ao julgar improcedentes as ADI's 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882, nos termos do voto do relator Ministro Luiz Fux, **sem examinar a peculiar situação em que o Estado figura como titular, conjuntamente com os Municípios, do serviço de saneamento básico**, limitou-se a declarar que *“a exclusão do contrato de programa representa uma afetação proporcional à autonomia negocial dos Municípios, em prol da realização de objetivos setoriais igualmente legítimos. Essa proibição ‘pari passu’ a opção legislativa pela delegação sob o modelo de concessão”*.

Nessa esteira, com a entrada em vigor da Lei n. 14.026/2020, é vedado aos Municípios, no exercício da titularidade prevista no art. 8º, inciso I, da Lei n. 11.445/2007, celebrar diretamente, por dispensa de licitação, contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública de outro ente federativo ou, ainda, é vedado que o consórcio público intermunicipal, que tenha recebido a incumbência da gestão associada desse serviço subdelegue a sua prestação sem licitar (arts. 8º, § 1º, inciso II, e 10, *caput*, ambos da Lei n. 11.445/2007). Essa restrição, no entanto, não se aplica aos casos em que o exercício da titularidade do serviço é também do Estado, instituidor da companhia estadual de saneamento, em conjunto com os Municípios, nos moldes do art. 8º, inciso II, da Lei n. 11.445/2007, **porquanto, nessa hipótese, havendo entendimento da entidade interfederativa sobre ser essa a melhor forma de prestação do serviço**, não se estaria propriamente diante de contrato de programa, mas de prestação direta e descentralizada do serviço.

Importante ponderar, entretanto, que nessa situação excepcional, autorizada por lei e pela própria CF/88, a prestação dos serviços de saneamento básico, pela empresa estatal, não constitui delegação de serviço, mas prestação direta, descentralizada. Por essa razão, não há que cogitar de subdelegação. Ademais, nesse modelo de descentralização técnica, à empresa estatal é transferida, apenas, a prestação do serviço, dentro dos limites estabelecidos em lei.

saneamento básico é do estado. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 65-80.

Nesse sentido Freire²³:

[...] Enquanto as autarquias – justamente por terem o mesmo regime administrativo dos entes políticos – podem ser titulares de qualquer tipo de atividade pública. Isso significa que elas são as titulares das competências que lhe são descentralizadas. É claro que sempre nos termos e limites fixados na lei. E essa é uma grande diferença para as empresas estatais e fundações estatais privadas que – por serem pessoas privadas – não titularizam interesses públicos, mas apenas exercem tais competências (também nos termos e limites legais).

Se necessária a transferência do serviço para terceiro estranho à Administração, caberá ao titular do serviço ou à entidade de governança interfederativa o poder concedente.

4.2. REGRAS PARA A CONCESSÃO DO SERVIÇO

Conforme sobejamente mencionado, salvo a exceção referida no item anterior e a possibilidade de prestação diretamente pelo ente municipal, o serviço de saneamento básico será prestado em regime de concessão, sempre mediante prévia licitação, conforme estabelece o art. 175 da Constituição Federal.

A concessão de serviço público, nos termos previstos no art. 175 da Constituição Federal, é regulamentada pela Lei n. 8.987/95. Segundo definição de Di Pietro²⁴, concessão de serviço público:

[...] É o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio

²³ FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: titularidade, regulação e descentralização. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 81-119.

²⁴ DI PEITRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 340.

nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Em complemento à definição apresentada, esclarece Bandeira de Mello²⁵ que:

[...] A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.

A Lei n. 11.079/2004 criou uma nova espécie de concessão de serviço ou obra pública, denominada parceria público-privada, que, de acordo com seu art. 2º, consiste no “*contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa*”. Por força do que dispõe o art. 11-A da Lei n. 11.445/2007, em sua redação atual, essa modalidade de contratação também pode ser utilizada para prestação dos serviços de saneamento básico.

Carvalho Filho²⁶ aponta quais são as principais características desse regime especial de concessão de serviço público:

[...] Trata-se de acordo de natureza contratual, já que resultante da manifestação volitiva da Administração e do concessionário privado. A delegação implica o serviço de implantação e gestão de empreendimentos públicos normalmente de grande vulto. Dependendo da natureza do serviço, pode ocorrer que sua execução reclame eventual realização de obras e fornecimento de bens; ainda assim, o objeto básico é o serviço de interesse

²⁵ BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 735.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed., São Paulo: Atlas, 2020, p. 459.

público a ser prestado. O dispêndio, total ou parcial, com a prestação do serviço incumbe à pessoa privada, que será devidamente ressarcida no curso do contrato. Aliás, se o contrato não prevê a contraprestação pecuniária do concedente ao concessionário, não será concessão especial (ou parceria público-privada, como diz a lei), e sim concessão comum, sendo regulada pela Lei n. 8.987/95 (art. 2º, § 3º). Por fim, riscos e ganhos são compartilhados, indicando responsabilidade solidária entre as partes.

Os §§ 1º e 2º, do art. 2º, da Lei n. 11.079/2004 também contribuem para o entendimento desse instituto, ao conceituar a concessão patrocinada e a concessão administrativa como, a primeira, modalidade de *“concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”*, e a segunda como *“contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”*.

Acerca da relação entre regimes contratuais e remuneração, deve-se frisar que, nos contratos de concessão na modalidade comum, o prestador privado é remunerado integralmente por tarifas pagas pelos usuários (além de eventuais receitas acessórias), responsabilizando-se pela gestão comercial dos serviços e sua respectiva cobrança. É uma forma de desonerar completamente o orçamento público, liberando recursos do erário antes usados com a prestação de serviços de saneamento para outras atividades, também de relevante interesse público, como saúde, educação e segurança pública, por exemplo.

Nesses casos, a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços é alcançada no âmbito do próprio contrato de concessão, ficando a cargo da concessionária privada buscar o recebimento de sua remuneração, assim como a eficiência na prestação, de modo que cumpra satisfatoriamente os compromissos e objetivos assumidos. O propósito de manter sua taxa interna de retorno e de não sofrer sanções previstas no contrato são incentivos reais para que a estrutura tarifária seja equilibrada e a cobrança aos usuários se realize eficazmente, para preservação da remuneração.

Nas parcerias público-privadas, por outro lado, pode haver cobrança de tarifas diretamente aos usuários pela concessionária, mas parte da remuneração do prestador advirá do contratante público.

Por disposição expressa do art. 3º, § 1º, da Lei n. 11.079/2005, às concessões patrocinadas acudirão subsidiariamente as normas da Lei n. 8.987/95, as quais, embora a lei, neste passo, não diga, também serão aplicáveis, quando cabível, às concessões administrativas.

A indispensabilidade de licitação para a concessão de serviço público, estipulada pelo constituinte no art. 175 da Constituição Federal, ao prever que a concessão se dá “sempre através de licitação”, é reiterada no art. 14 da Lei n. 8.987/95, art. 10 da Lei n. 11.079/2004 e, especificamente em relação à concessão dos serviços de saneamento básico, em inúmeras oportunidades pela Lei n. 11.445/2007, com as alterações promovidas pela Lei n. 14.026/2020.

As modalidades de licitação cabíveis, tanto na concessão comum como na concessão especial em regime de parceria público-privada, **são a concorrência e o diálogo competitivo**, recentemente introduzido em nosso ordenamento pela Lei n. 14.133/2021 (art. 2º, II e III, da Lei n. 8.987/95 e art. 10, *caput*, da Lei n. 11.079/2005).

O procedimento da licitação é o mesmo estabelecido na Lei 14.133/2021, ou na Lei n. 8.666/93, haja vista que esta continua vigente até a verificação do termo previsto para sua revogação, fixado no art. 193, inciso II, da Lei n. 14.133/2021, consideradas as disposições especiais previstas nos arts. 14 a 22 da Lei n. 8.987/95 e nos arts. 10 a 13 da Lei n. 11.079/2004, a depender da modalidade de concessão escolhida.

As maiores peculiaridades apontadas pela doutrina na relação entre essas leis especiais e o regime geral de contratação pública, até então previsto na Lei n. 8.666/93, consistiam nos critérios de julgamento e na possibilidade de inversão das fases de

habilitação e julgamento das propostas. Entretanto, essa segunda diferença, com a promulgação da Lei n. 14.133/2021, tornou-se, agora, a regra para as licitações públicas no país.

Quanto aos critérios de julgamento, o art. 15 da Lei n. 8.987/95 estabelece a adoção de um dos seguintes critérios: i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; ii) a maior oferta nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; iii) a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; iv) a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; v) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; vi) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão, com o de melhor técnica; vii) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. O § 2.º, do art. 15, prevê que, para fins de aplicação dos critérios previstos nos incisos IV, V, VI e VII, o edital conterà parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas; e o § 3.º dispõe que serão recusadas as propostas manifestamente inexecutáveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação. Ademais disso, em caso de empate terão preferência as empresas brasileiras, segundo determina o art. 15, § 4.º, da Lei 8.987/95.

O art. 12, inciso II, da Lei n. 11.079/2004, por sua vez, reza que, além dos critérios previstos nos incisos I a V do art. 15 da Lei n. 8.987/95, poderão ser adotados ainda: i) o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; e ii) a melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

A Lei n. 8.987/95, em seu art. 18, prevê, outrossim, requisitos específicos para a validade do edital. Destacam-se entre eles: a) as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; b) direitos e obrigações do concedente e do concessionário; c) o objeto e o prazo da

concessão; d) as condições para a adequada prestação do serviço; e) critérios de reajuste das tarifas etc.

No que pertine à licitação para a concessão especial em regime de parceria público-privada, cabe ainda observar que a Lei n. 11.079/2004 impôs a presença de certas condições para a instauração do processo licitatório.

A primeira delas é a autorização da autoridade competente (art. 10, I, da Lei 11.079/2004), fundada em estudos técnicos que indiquem: a) a conveniência e oportunidade administrativas e as razões que justifiquem a opção pelo regime de parceria público-privada; b) a subsistência das metas de resultados fiscais, compensando-se os efeitos da contratação por meio do aumento da receita ou da redução da despesa nos períodos subsequentes; c) a observância dos limites e condições estabelecidos na lei de responsabilidade fiscal.

Faz-se necessário, ainda, que o objeto do contrato esteja previsto no plano plurianual relativo ao período de execução do ajuste (art. 10, V, da Lei 11.079/2004). Deve a Administração identificar a estimativa do impacto orçamentário-financeiro provocado pelo empreendimento, cabendo ao ordenador de despesa declarar que as obrigações decorrentes do contrato se compatibilizam com a lei de diretrizes orçamentárias e que estão contempladas na lei orçamentária anual (art. 10, II e III, da Lei 11.079/2004). Para tanto, deve ser feita a estimativa do fluxo de recursos públicos necessários ao cumprimento do objeto do contrato e ao adimplemento das obrigações assumidas pela Administração (art. 10, IV, da Lei 11.079/2004).

Todas essas exigências constituem condições para que se inicie a licitação com vista na contratação da parceria público-privada. Convém lembrar que, se a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, devem ser atualizadas as condições relativas aos estudos técnicos, impacto orçamentário, estimativa de fluxos e declaração do ordenador de despesa (art. 10, § 2º, da Lei 11.079/2004).

Outra condição é a realização de consulta pública para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão, devendo a Administração providenciar a devida publicação, indicando todos os elementos que demonstrem a necessidade da contratação e fixando prazo para recebimento de sugestões, críticas e observações sobre o propósito governamental (art. 10, VI, da Lei 11.079/2004).

Constitui, da mesma forma, condição para a parceria a obtenção de licença ambiental (ou as diretrizes para a obtenção) com vista no empreendimento alvitado (art. 10, VII, da Lei 11.079/2004).

É exigível, outrossim, autorização legislativa específica quando o Poder Público pretender celebrar concessão patrocinada, em que caiba à Administração o pagamento de mais de 70% da remuneração a ser paga ao concessionário (art. 10, § 3º, da Lei 11.079/2004).

Por fim, urge que os estudos de engenharia definidores do valor do investimento da parceria público-privada sejam detalhados como se fossem um anteprojeto e que o valor dos investimentos fixado como referência para a licitação seja calculado com base em valores de mercado, levando em conta quer o custo global de obras semelhantes, quer os sistemas de custos que empreguem como insumo valores de mercado do setor do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica (art. 10, § 4º, da Lei 11.079/2004).

A Lei n. 11.445/2007, apesar de não conter disposições específicas no que se refere ao procedimento licitatório, fixa algumas cláusulas próprias para a concessão dos serviços de saneamento básico, a par daquelas previstas como essenciais no art. 23 da Lei n. 8.987/1995, que, é consabido, integra o instrumento editalício. É o que se vê no art. 10-A do Marco Legal do Saneamento Básico, *in verbis*:

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade,

as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições:

I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados;

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável;

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

§ 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.

As cláusulas essenciais, previstas no art. 23 da Lei n. 8.987/95, que devem constar nos contratos de concessão para prestação de serviços públicos, inclusive nos de saneamento básico, sob pena de nulidade, são:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

-
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
 - IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
 - V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
 - VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
 - VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
 - VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
 - IX - aos casos de extinção da concessão;
 - X - aos bens reversíveis;
 - XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
 - XII - às condições para prorrogação do contrato;
 - XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
 - XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
 - XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Como os contratos de concessão poderão seguir o modelo das parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada ou administrativa, neste caso, nos termos do disposto no art. 5º, I a XI, da Lei n. 11.079/04, suas cláusulas deverão prever:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

- I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei.

§ 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não

mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

Admite-se, ainda, na parceria público-privada, a instituição das seguintes garantias em favor da concessionária: a) vinculação de receitas; b) instituição ou utilização de fundos especiais; c) contratação de seguro-garantia; d) instituição de garantia prestada por organismos internacionais; e) instituição de garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; ou e) outros mecanismos admitidos em lei (art. 8º da Lei n. 11.079/2004).

De mais a mais, a Lei n. 11.445/2007 prevê, em seu art. 11, outras condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

V - a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico.

§ 1º Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico.

§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

I - a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;

II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de redução progressiva e controle de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados e com o respectivo plano de saneamento básico;

III - as prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;

IV - as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:

a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas;

b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas;

c) a política de subsídios;

V - mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços;

VI - as hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços.

§ 3º Os contratos não poderão conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados.

§ 4º Na prestação regionalizada, o disposto nos incisos I a IV do caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá se referir ao conjunto de municípios por ela abrangidos.

Quanto à possibilidade de **subdelegação/subconcessão**, a Lei n. 11.445/2007, alterada pela Lei n. 14.026/2020, autoriza, ainda, em seu art. 11-A, desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, a subdelegação/subconcessão do objeto contratado, limitada à 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato. A subdelegação fica condicionada também à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico, ao prévio procedimento licitatório para a

subdelegação e a observância, no que couber, das disposições do § 2º do art. 11, da lei em comento (§§ 1º e 2º do art. 11-A, Lei n. 11.445/2007).

Em observância ao princípio da modicidade tarifária, nos termos do art. 11-A, § 3º, da Lei n. 11.445/2007, ficam vedadas **subconcessões ou subdelegações** que impliquem sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final.

Para fins de aferição do limite de 25%, o critério para definição do valor do contrato do subdelegatário deverá ser o mesmo utilizado para definição do valor do contrato do prestador do serviço (art. 11-A, § 6º, Lei n. 11.445/2007). Todavia, caso não exista valor no contrato do prestador do serviço, será considerado para a aferição do mencionado limite o faturamento anual projetado para o prestador do serviço (art. 11-A, § 7º, Lei n. 11.445/2007).

A Lei n. 11.445/2007, contudo, abre uma exceção ao limite de subdelegação, permitindo aos Municípios com estudos para concessões ou parceiras público-privadas em curso, pertencentes a uma região metropolitana, deem seguimento ao processo e efetivem a contratação, mesmo se ultrapassado o limite de 25% (vinte e cinco por cento), desde que tenham o contrato assinado em até 1 (um) ano (art. 11-A, § 4º, Lei n. 11.445/2007).

Mister destacar que a Lei 11.445/2007 utilizou, em quase todas as disposições do artigo 11-A a expressão subdelegação, a indicar a intenção de alcançar também as delegações feitas a autarquias e empresas estatais, por meio de contratos de programa. Somente no § 3º do artigo 11-A houve a referência expressa às subconcessões, o que não afasta a aplicação de toda a disposição, também, às subconcessões.

Conforme ressalta Jonas Veprinsky Mehl²⁷:

²⁷ MEHL, Jonas Veprinsky. A subconcessão no serviço público de saneamento básico à luz do novo marco legal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, out./dez. 2021, p. 118.

[...] Considerando o contexto que antecedeu o novo marco legal, aparentemente a expressão subdelegação é endereçada às autarquias e empresas estatais estaduais para quem o serviço fora anteriormente delegado, via instrumentos de gestão associada e contrato de programa. Essa interpretação é confirmada pela leitura do texto do art. 11-A dado pela Medida Provisória n. 844/2018, bem como do art. 11-B, conferido pela Medida Provisória n. 868/2018, ambos com a vigência já encerrada. Ao que tudo indica, a previsão quanto à possibilidade de as empresas estatais subdelegarem o serviço “total ou parcialmente” por meio de licitação foi um passo inicial em direção à extinção dos contratos de programa.

A concessão de serviços públicos é definida pela Lei 8.987/95 como uma espécie de delegação de serviços públicos. Conforme conceitua Alexandre de Aragão²⁸:

[...] é a delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para por sua conta e risco explorá-lo de acordo com as disposições contratuais e regulamentares pertinentes, por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público.

Como dito, é uma espécie de delegação, ao lado da permissão e da autorização de serviços públicos. O fundamento constitucional da delegação de serviços públicos está no multicitado art. 175 da CF, que prevê a concessão e a permissão como formas de delegação da execução de serviços públicos do Estado para a iniciativa privada.

Dessa forma, a utilização da expressão subdelegação permite a compreensão de que quis o legislador alcançar também os contratos de programa vigentes, autorizando a subdelegação, por meio de licitação, para empresas privadas, além da subconcessão dos serviços concedidos por procedimentos licitatórios, observados, em ambos os casos, os regramentos do artigo 11-A da Lei 11.445/2007, **em especial a observância do procedimento licitatório.**

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 430.

Não esclarece a Lei 11.445/2007 e tampouco a Lei 8.987/95 a quem compete a realização do procedimento licitatório, em caso de subdelegação/subconcessão, se ao titular do poder concedente ou ao delegatário/concessionário. A doutrina diverge sobre o tema.

Bandeira de Melo²⁹ entende que

[...] Uma vez que a subconcessão deve ser precedida de concorrência, deve-se concluir que a escolha do subconcessionário não é ato pertinente ao concessionário, pois concorrência é procedimento de Direito Público, só efetuable por entidades governamentais. Assim, tudo que o concessionário poderá, na matéria, é postular do concedente seu inequívoco direito à exoneração de responsabilidade em relação à parte do serviço suscetível de ser subconcedida, na conformidade da autorização do concedente.

Di Pietro³⁰ sustenta que

[...] O que a lei não esclarece, com relação à subconcessão, é se o próprio concessionário, sendo entidade privada, pode fazer ele mesmo a licitação para escolha do subconcessionário; e também se essa entidade privada tem competência para decretar a intervenção na subconcessionária.

Já foi dito que uma das características da concessão de serviço público é a de implicar a outorga de prerrogativas da Administração Pública ao concessionário; assim sendo, nada impede que o poder concedente, ao autorizar a subconcessão e estabelecer os limites em que será exercida, já estabeleça quem vai realizar a licitação; tanto é válido reservar para si essa prerrogativa, como outorgá-la ao concessionário. A última parece ser a mais correta, já que a relação contratual vai estabelecer-se entre o concessionário (subconcedente) e o subconcessionário. Trata-se de matéria que pode ser disciplinada pela legislação estadual e municipal, já que a lei federal silenciou.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 748.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 135.

Tais institutos não se confundem com a subcontratação e a transferência do contrato de concessão ou do controle societário da concessionária, previstos nos arts. 25 e 27, da Lei n. 8.987/95, respectivamente, e também possíveis no âmbito da prestação dos serviços de saneamento básico.

A subcontratação é disciplinada pelo art. 25 da Lei 8.987/95, o qual autoriza a concessionária a contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados, os quais deverão observar as normas regulamentares do serviço concedido.

São os contratos de prestação de serviços e de empreitada disciplinados pelo Código Civil, quando a concessionária for empresa privada, ou pela Lei n. 13.303/2016, quando a concessionária for empresa estatal. Se a subcontratação for feita por empresa privada, o contrato é de direito privado; se for feita por empresa estatal, o contrato é administrativo³¹.

Distingue-se claramente da subconcessão, uma vez que nesta haverá a transferência de parcela do objeto contratual, como também não haverá relação entre subconcessionário e poder concedente, de modo que toda a responsabilidade pela execução da concessão continua em mãos do concessionário³². Já na subconcessão, a subconcessionária assume a gestão do objeto do contrato (prestação de serviço público) na parte que lhe foi atribuída, exerce prerrogativas próprias do poder público, como os poderes de fiscalização, de cobrança de tarifas, de rescisão contratual, conforme for estabelecido no contrato de subconcessão. E também assume encargos próprios da concessionária, tal como previstos no art. 31 da Lei n. 8.987/95, como o de prestar serviço adequado, prestar contas da gestão do serviço, cumprir e fazer cumprir as normas do

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Terceirização e subcontratação de atividades inerentes à concessão: distinções necessárias. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, jan./fev. 2018, p. 24.

³² MEHL, Jonas Veprinsky. A subconcessão no serviço público de saneamento básico à luz do novo marco legal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, out./dez. 2021, p. 105.

serviço e as cláusulas contratuais da concessão, promover desapropriação, constituir servidão, dentre outros. O titular da subconcessão responde pessoalmente pelos prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, já que, como ressaltado, ele se sub-roga em todos os direitos e obrigações da concessionária³³.

O art. 27 da Lei n. 9.897/95, por sua vez, regula a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, que dependerá: a) de prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão; b) do atendimento das exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, assim como c) do comprometimento do pretendente de que cumprirá com todas as cláusulas do contrato em vigor.

Nessas hipóteses, há a transferência da integralidade do objeto contratual (transferência da concessão) ou do poder de controle da sociedade inicialmente contratada (transferência do controle acionário), gerando verdadeira alteração subjetiva do contrato, já que também ocorre a cessão da posição contratual.

Na transferência da concessão, a alteração implica em trespasse integral do objeto, deveres e responsabilidades da concessionária originária, que passa a ser a executora exclusiva dos serviços perante o poder concedente³⁴.

A respeito, Di Pietro ressalta que, embora o art. 27 da Lei n. 8.987/95 não preveja a exigência de licitação para autorizar a transferência da concessão, o art. 175 da Constituição Federal impõe a sua realização, ao prever que a concessão seja feita “sempre através de licitação”. Segundo a administrativista³⁵,

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Terceirização e subcontratação de atividades inerentes à concessão: distinções necessárias. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, jan./fev. 2018, p. 24.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Terceirização e subcontratação de atividades inerentes à concessão: distinções necessárias. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, jan./fev. 2018, p. 26.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 136.

[...] sendo o concessionário eleito por um procedimento licitatório, admitir-se a possibilidade de transferência pura e simples da concessão mediante simples autorização do poder concedente, significaria admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame ou, se participou, não logrou a almejada vitória.

Já no caso de transferência do controle societário da concessionária não se exige a licitação, pois, nessa hipótese, não existe alteração na pessoa do concessionário, uma vez que os sócios possuem personalidade jurídica distinta da entidade coletiva.

Cabe pontuar que, nos termos do que dispõe o art. 14 da Lei n. 14.026/2021, havendo alienação, para o setor privado, do controle acionário de empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico, por meio de contratos de programa ou contratos de concessão, os referidos contratos serão substituídos por contratos de concessão, pelo tempo restante do contrato original:

Art. 14. Em caso de alienação de controle acionário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico, os contratos de programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão, observando-se, quando aplicável, o Programa Estadual de Desestatização.

§ 1º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista não manifeste a necessidade de alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato no momento da alienação, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, fica dispensada anuência prévia da alienação pelos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.

§ 2º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista proponha alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato de que trata este artigo antes de sua alienação, deverá ser apresentada proposta de substituição dos contratos existentes aos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.

§ 3º Os entes públicos que formalizaram o contrato de programa dos serviços terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do recebimento da

comunicação da proposta de que trata o § 2º deste artigo, para manifestarem sua decisão.

§ 4º A decisão referida no § 3º deste artigo deverá ser tomada pelo ente público que formalizou o contrato de programa com as empresas públicas e sociedades de economia mista.

§ 5º A ausência de manifestação dos entes públicos que formalizaram o contrato de programa no prazo estabelecido no § 3º deste artigo configurará anuência à proposta de que trata o § 2º deste artigo.

Por derradeiro, é indiscutível que o atingimento da meta de universalização da prestação dos serviços de saneamento básico, com 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 constitui a maior ambição do Novo Marco Legal do Saneamento Básico (arts. 2º, inciso I, e 10-B, *caput*, da Lei n. 11.445/2007).

Fixado o referido prazo para a universalização dos serviços de saneamento básico, este poderá ser acrescido de mais 7 (sete) anos, em se tratando de prestação regionalizada, caso os estudos para a licitação apontem para a inviabilidade técnica ou financeira da universalização no prazo original (art. 11-B, § 9º, da Lei n. 11.445/2007).

Se o prestador de serviços estiver descumprindo as metas e cronogramas estabelecidos no contrato específico da prestação de serviço de saneamento básico, a Lei veda a distribuição de lucros e dividendos, do contrato em execução (art. 11, § 5º, da Lei n. 11.445/2007). Outrossim, como determina o art. 11-B, § 7º, da Lei n. 11.445/2007, no caso do não atingimento das metas, deverá ser iniciado procedimento administrativo pela agência reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade da concessão, assegurado o direito à ampla defesa.

4.3. SITUAÇÕES TRANSITÓRIAS

A instituição de um novo regime legal para a prestação de um serviço público, mormente em um setor complexo, como é o de saneamento básico, requer a previsão de regramento específico para as situações transitórias decorrentes da alteração legislativa.

Como já propalado, uma das principais mudanças intentadas pela Lei n. 14.026/2020 foi a extinção dos contratos de programa, celebrados sem licitação, no âmbito da prestação de serviços públicos de saneamento básico. Passa-se, assim, a prestigiar a prestação dos serviços pela iniciativa privada, mediante a formalização de concessões de serviços públicos.

Conquanto o legislador tenha estabelecido, no art. 17 da Lei n. 14.026/2020, que *“os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual”*, no recém incluído § 3º do art. 10 da Lei n. 11.445/2007, determinou-se que **apenas os contratos de programa regulares permaneceriam vigentes até o advento do seu termo contratual. Embora não diga explicitamente a lei, é de extrair da disposição que, se irregulares, deverão os contratos de programa ser extintos.**

Assim sendo, a Lei n. 11.445/2007 cuidou de regular aspectos necessários para a aferição da regularidade dos contratos em vigor. Ressalta-se que o legislador considera irregulares os “contratos provisórios” não formalizados, os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos na Lei n. 11.445/2007, como também aqueles em que não for comprovada a capacidade econômico-financeira, a que se refere o art. 10-B da Lei n. 11.445/2007, conforme estabelecem o § 8º do art. 11-B, da Lei n. 11.445/2007, e o art. 20 do Decreto n. 10.710/2021.

Ainda, estabeleceu que os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, incluindo-se nesta categoria, tanto as concessões, quanto os contratos de programa, em vigor na data da publicação da lei, **uma vez regulares**, deveriam ser

aditados, **até 31 de março de 2022**, a fim de comportar a inclusão das metas de universalização já mencionadas, bem como metas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento (art. 11-B, *caput* e § 1º, da Lei 11.445/2007)³⁶. A possibilidade de aditamento, reitera-se, é condicionada à verificação da capacidade econômico-financeira, disciplinada no artigo 10-B e seu parágrafo único, a Lei 11.445/2007.

Embora não seja explícita a lei, considerando que o artigo 10-B da Lei 11.445/2007 condiciona os contratos vigentes à demonstração de capacidade econômico-financeira, em não sendo constatada essa capacidade, serão considerados irregulares, o que poderá ensejar a extinção do contrato, por uma das modalidades previstas no ordenamento jurídico, por parte do titular do serviço, a depender da forma de contratação, dentre elas a encampação.

O aditamento previsto no artigo 11-B, *caput* e § 1º, da Lei 11.445/2007, em se cuidando de contrato de concessão regular, precedido de procedimento licitatório, somente se dará se houver a anuência do concessionário (art. 11-B, *caput* e inciso III, da Lei 11.445/2007). Não havendo a ressalva para os contratos de programa considerados regulares, subentende-se que deverão ser aditados, sob pena de extinção.

Impende ressaltar que o dever de universalização do serviço é do Município titular (ou entidade de governança interfederativa), e não do contratado, a quem incumbe a obrigação de cumprir as metas e cronogramas, conforme pactuado no contrato de concessão ou contrato de programa.

Desse modo, antes de proceder à formalização de aditivos para viabilizar o cumprimento das aludidas metas, assim como para a adoção das exigências previstas no art. 11 da Lei n. 11.445/2007, os titulares dos serviços poderão lançar mão de outras

³⁶ A Resolução ANA n. 106/2021, aprova a Norma de Referência ANA n. 02, para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, que dispõe sobre a padronização dos aditivos aos Contratos de programa e de Concessão, para prestação de serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, para incorporação das metas previstas no art. 11-B da Lei n. 11.445/2007, modificada pela Lei n. 14.026/2020.

medidas para o atingimento da meta de universalização, tais como prestar diretamente a parcela remanescente dos serviços, realizar certame complementar para atingimento da totalidade da meta ou, por fim, aditar os contratos, observando-se que, no caso dos contratos licitados, a anuência do contratado, conforme já mencionado (art. 11-B, § 2º, da Lei n. 11.445/2007).

A lei não definiu consequência jurídica específica para a hipótese em que se constate a incapacidade econômico-financeira do contratado para cumprir as metas de universalização ou para a situação em que o concessionário ou delegatário se recusa a alterar as cláusulas contratuais.

Entretanto, estabeleceu o artigo 11-B da Lei 11.445/2007:

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 possuem as metas de que trata o caput deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão.

§ 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no caput deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no caput deste artigo, incluídas as seguintes:

I - prestação direta da parcela remanescente;

II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e

III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada.

Ao assegurar aos delegatários cujos contratos foram precedidos de regular procedimento licitatório a inalterabilidade do contrato (§ 2º) ou sua alteração mediante sua anuência somente (§ 2º, inciso III) a Lei 11.445/2007 afastou a possibilidade de alteração unilateral, nessas hipóteses e, conseqüentemente a possibilidade de extinção dos contratos diante da recusa ao aditamento.

Fora essas hipóteses, a alteração unilateral será possível, assim como a extinção do contrato, em razão da não anuência ao aditamento.

Sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos já vigentes que sejam aditados, importa observar que o advento da imposição de novas metas de universalização caracteriza-se como um “fato do príncipe” ou uma alteração unilateral do contrato. Segundo a legislação regente das contratações públicas, a responsabilidade sobre as conseqüências da materialização desse risco, no silêncio do contrato, está alocada à Administração Pública (art. 9º, §§ 1º, 2º, da Lei n. 8.987/95; art. 65, II, *d*, da Lei n. 8.666/93; art. 124, II, *d*, da Lei n. 14.133/2021). Logo, em grande parte dos casos, seja pela alocação contratual do risco do fato do príncipe à responsabilidade da Administração contratante, seja pela incidência das normas referidas, os prestadores terão direito ao restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato de prestação de serviço de saneamento básico (inclusive, dos contratos de programa)³⁷, o que poderá impactar no valor das tarifas.

Inclusive, o artigo 7º do Decreto 10.710/2021, que “estabelece a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, considerados os

³⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Apontamentos sobre o Decreto n. 10.710/2021 e a comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviço de saneamento básico para viabilizar a sua universalização. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). *O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei n. 14.026 e respectiva regulamentação)*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 171-172. É a Constituição Federal que assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, garantindo que em sua vigência sejam “mantidas as condições efetivas da proposta” (art. 37, XXI). No campo específico das concessões de serviço público, a Lei n. 8.987/95 dispõe que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”, garantindo ainda que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração (art. 9º, §§ 2º e 4º).

contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização previstas no caput do art. 11-B da Lei n. 11.445, de 2007”, prevê, em seu § 2º, a repactuação tarifária como aspecto integrante dos estudos de viabilidade, indispensável à verificação da capacidade econômico-financeira do prestador dos serviços acima mencionados.

Vale acrescentar que, um dos mecanismos de reequilíbrio admitidos pela legislação e, muitas das vezes, de menor onerosidade para os contratantes e usuários, consiste na alteração do prazo contratual. Isso porque, nos contratos de delegação, de natureza concessória, como são os contratos de prestação de serviços de saneamento básico, em que a delimitação do prazo de exploração do serviço relaciona-se com a necessidade de amortização dos investimentos implementados pelo contratado, a via da extensão do prazo tem impacto direto na sua equação econômico-financeira. Afinal, estender o prazo significa esticar o período de amortização dos investimentos.

Nada obstante, o legislador, de forma implícita, conforme se infere de uma interpretação *a contrario sensu* do art. 11-B, § 2º, da Lei n. 11.445/2007, e de maneira explícita, do art. 7º, § 3º, inciso I, do Decreto n. 10.710/2021, vedou a prorrogação dos contratos de programa, mesmo que esta se apresente como a melhor solução para garantir o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato e a continuidade da prestação do serviço, da forma menos onerosa às partes.

Sem olvidar a injustificada diferenciação entre o tratamento conferido aos contratos de concessão precedidos de licitação e os contratos de programa, haja vista que a precedência de processo licitatório não consiste em circunstância apta a distinguir as formas de reequilíbrio contratual, cabe observar que, diante dessa vedação, alternativa não haverá senão a encampação do serviço, uma vez que essa modalidade de extinção contratual também é aplicável aos contratos de programa, por força do art. 13, § 1º, inciso I, da Lei n. 11.107/2005.

Porém, a encampação, na linha do que ensina Carvalho Filho³⁸, só pode ser consumada, com o atendimento de dois requisitos:

[...] Um deles é a existência de lei que autorize especificamente a retomada do serviço. O outro é o prévio pagamento, pelo concedente, da indenização relativa aos bens do concessionário empregados na execução do serviço. A lei autorizativa e a indenização *a priori*, pois, constituem condições prévias de validade do ato de encampação.

Verifica-se, portanto, que entre as alternativas possíveis, provavelmente esta será a mais onerosa para o interesse público. Muito mais vantajosa, conforme aponta Guimarães, seria buscar o reequilíbrio contratual por meio da extensão de prazo dos contratos, estendendo-se o lapso para a amortização dos investimentos³⁹.

Um segundo ponto a demandar atenção, quanto às situações transitórias decorrentes da Lei n. 14.026/2021, diz respeito à prestação de serviços pelas CESBs consideradas de fato, ou seja, as que não possuem instrumento formalizado de delegação ou cujo instrumento de delegação esteja vencido; como também as hipóteses em que o contrato vigente encerrar-se-á antes da conclusão do procedimento licitatório para a concessão do serviço.

Nessas situações, embora o projeto de lei tal como aprovado pelo Congresso Nacional abarcasse a possibilidade excepcional de nova formalização ou renovação dos contratos de programa e de reconhecimento das situações de fato, que poderiam ser reconhecidas como contratos de programa e formalizados ou renovados mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022, com prazo máximo de vigência de 30 anos, vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual (art. 16, *caput* e parágrafo único, do projeto de lei que deu origem à Lei n. 14.026/2020), o dispositivo aprovado pelo legislador recebeu veto do Presidente da República, com o seguinte fundamento:

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed., São Paulo: Atlas, 2020, p. 439.

³⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *op. cit. Ibidem*.

[...] A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, prorroga de forma demasiada a situação atual, de forma a postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, a proposta, além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados⁴⁰.

Dessa forma, os contratos precários porventura existentes ficaram aparentemente sem uma solução legal, lançando o gestor público em estado de insegurança, diante do novo regramento e do princípio da continuidade da prestação do serviço público a impedir a interrupção da prestação dos serviços de saneamento básico, mesmo que de forma irregular.

Como se sabe, um dos princípios que rege a prestação de serviço público é o da continuidade, *“significando isto a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido”*, nas palavras de Bandeira de Mello⁴¹.

Bem por isso, o término do contrato de concessão não pode, em hipótese alguma, conduzir à interrupção da prestação do serviço público, cabendo à Administração Pública adotar as medidas necessárias à sua continuidade, seja assumindo ela mesma a prestação do serviço, por meio de execução direta, centralizada ou descentralizada, seja garantindo que outro particular esteja apto a prosseguir com a tarefa, após sagrar-se

⁴⁰ MENSAGEM Nº 396, de 15 de julho de 2020 (DESPACHOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – DOU – Imprensa Nacional. www.in.gov.br/en/web/dou/-/despachos-do-presidente-da-republica-267035189 4/5)

⁴¹ BANDIERA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 694.

vencedor do indispensável procedimento licitatório, que para tanto deve estar concluído com alguma antecedência⁴².

Cuidando-se dessa segunda opção, pode ocorrer de o procedimento licitatório não ter sido concluído em tempo, ocasião em que não poderá o Estado simplesmente permitir que o serviço seja interrompido, sendo lícita a prorrogação do contrato de concessão que está por ter seu prazo esgotado. **É a prorrogação por emergência.** Nesse sentido, a lição de Dallari⁴³: “*o poder público pode determinar ao concedente que permaneça executando esse serviço, por mais algum tempo, para evitar a sua solução de continuidade*”, sendo “*indiscutível que o fundamento dessa prorrogação há de ser o princípio da continuidade do serviço*”.

Nessa circunstância, **além da indispensável concordância do concessionário, a prorrogação não deve se estender por prazo superior ao necessário à assunção da prestação do serviço por outro sujeito, nos moldes estabelecidos em lei. Afinal, o contrato foi prorrogado apenas para garantir a continuidade do serviço enquanto não há outro sujeito apto a assumir a sua prestação.** Trata-se de garantir a transição entre um contrato de concessão, de programa, ou de outra forma de prestação, sem interrupção do serviço, devendo o prazo da prorrogação ser adequado a tal finalidade, observado o princípio da razoabilidade⁴⁴. Esse prazo, segundo Felipe Guimarães, é, geralmente, de 24 (vinte e quatro) meses⁴⁵, por aplicação analógica do artigo 42, § 2º, da Lei 8.987/95, que assim dispõe:

Art. 42. [...].

⁴² MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, abr./jun. 2014, p. 212.

⁴³ DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 88, out./dez. 1988, 83-84.

⁴⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, abr./jun. 2014, p. 213.

⁴⁵ GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. A prorrogação das concessões de serviço público por razões de conveniência e oportunidade do Poder Concedente é compatível com a Constituição de 1988 ou ela constitui uma contrafação administrativa de renovação? *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 03, jul./dez. 2017. p. 115.

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, **permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.**

Assim sendo, verificada a precariedade do contrato de programa, seria possível, por uma aplicação analógica, a prestação do serviço pelo próprio poder concedente ou a delegação a terceiros, mediante novo contrato (art. 42, § 1º, da Lei n. 8.987/95). Os contratos de programa ou as concessões em caráter precários, as que estiverem com prazo vencido ou em vigor por prazo indeterminado, **permaneceriam válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não seria inferior a 24 (vinte e quatro) meses, a contar a entrada em vigor da Lei n. 14.026/2020 (aplicação analógica do art. 42, § 2º da Lei n. 8.987/95).**

Especificamente no âmbito dos serviços públicos de saneamento básico, outros caminhos podem ser adotados para garantir a continuidade do serviço durante o período de transição no regime de sua prestação. Um deles consiste na edição de decreto pelo Poder Executivo Federal, que, com fulcro no art. 13, inciso V, da Lei n. 14.026/2020, disponha sobre a *“alteração dos contratos de programa vigentes, com vistas à transição para o novo modelo de prestação”*, observando-se o que dispõe o § 1º desse artigo.

Outra solução viável seria a aplicação, por analogia, de regimes transitórios previstos em outros diplomas normativos. Desta feita, cabe observar o que dispõe o art. 9º da Lei n. 12.783/2013, aplicável às concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica:

Art. 9º **Não havendo a prorrogação do prazo de concessão e com vistas a garantir a continuidade da prestação do serviço, o titular poderá, após**

o vencimento do prazo, permanecer responsável por sua prestação até a assunção do novo concessionário, observadas as condições estabelecidas por esta Lei.

§ 1º Caso não haja interesse do concessionário na continuidade da prestação do serviço nas condições estabelecidas nesta Lei, o serviço será explorado por meio de órgão ou entidade da administração pública federal, até que seja concluído o processo licitatório de que trata o art. 8º.

§ 2º Com a finalidade de assegurar a continuidade do serviço, o órgão ou entidade de que trata o § 1º fica autorizado a realizar a contratação temporária de pessoal imprescindível à prestação do serviço público de energia elétrica, até a contratação de novo concessionário.

§ 3º O órgão ou entidade de que trata o § 1º poderá receber recursos financeiros para assegurar a continuidade e a prestação adequada do serviço público de energia elétrica.

§ 4º O órgão ou entidade de que trata o § 1º poderá aplicar os resultados homologados das revisões e reajustes tarifários, bem como contratar e receber recursos de Conta de Consumo de Combustíveis - CCC, Conta de Desenvolvimento Energético - CDE e Reserva Global de Reversão - RGR, nos termos definidos pela Aneel.

§ 5º As obrigações contraídas pelo órgão ou entidade de que trata o § 1º na prestação temporária do serviço serão assumidas pelo novo concessionário, nos termos do edital de licitação.

§ 6º O poder concedente poderá definir remuneração adequada ao órgão ou entidade de que trata o § 1º, em razão das atividades exercidas no período da prestação temporária do serviço público de energia elétrica.

§ 7º Caso o titular de que trata o *caput* seja pessoa jurídica sob controle direto ou indireto de Estado, do Distrito Federal ou de Município e permaneça responsável pela prestação do serviço até a assunção do novo concessionário, poderá a União autorizar o titular a fazer uso das prerrogativas constantes nos §§ 2º ao 6º deste artigo até a data prevista no inciso II do § 1º-C do art. 8º.

Por derradeiro, mister ressaltar que, no Estado de Goiás, a prestação dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, em sua grande maioria, está sendo realizada pela empresa estatal estadual Companhia Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO), por meio de contratos de programa, ou por particulares, a quem foi

subdelegado o serviço, por meio de processo licitatório. Embora algumas dessas situações tenham sido questionadas judicialmente, fato é que ainda não há, sobre elas, decisão judicial reconhecendo a ilegalidade da subdelegação.

Por outro lado, a modalidade de regionalização proposta pelo Estado de Goiás, em análise ainda pela Assembleia Legislativa, é a instituição de microrregiões de saneamento básico, o que poderá ensejar a titularidade do serviço também ao Estado de Goiás, uma vez presentes os requisitos do artigo 8º, inciso II, a Lei 11.445/2007 e a prestação direta do serviço, de forma descentralizada, pelo Estado de Goiás, como titular, por meio de sua estatal, se assim decidir a entidade de governança federativa a ser instituída.

Segundo entendimento já exposto nesta informação, não se cuida, essa hipótese, de contrato de programa, vedado pela lei, mas de prestação direta do serviço, de forma descentralizada, por um de seus titulares.

5. FINANCIAMENTO

Os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas serão remunerados na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, conforme o regime de prestação do serviço.

Quando o serviço for prestado em regime de concessão, as tarifas e preços públicos serão arrecadados pelo prestador diretamente do usuário, e essa arrecadação será facultativa no caso de taxas. Além da remuneração pela cobrança dos serviços, a Lei prevê que a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico poderá ser obtida também por outras formas adicionais, como subsídios ou subvenções (art. 29, *caput*, da Lei n. 11.445/2007).

Impede destacar que cabe à ANA editar normas de referência aos demais órgãos reguladores estaduais e municipais existentes, sobre qualidade e eficiência na prestação e sobre regulação tarifária, uniformizando, assim, a regulação (art. 4º-A da Lei n. 9.984/2000, acrescido pela Lei n. 14.026/2020). Os demais órgãos reguladores podem ou não aderir às regras; entretanto, a adesão é condição para a alocação de recursos federais ou financiamento com recursos da União (art. 50, III, da Lei 11.445/2007).

O § 1º do art. 29 da Lei n. 11.445/2007 apresenta diretrizes para a instituição das tarifas, taxas ou preços públicos, prevendo que:

Art. 29. [...].

§ 1º Observado o disposto nos incisos I a III do *caput* deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes:

I - prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;

II - ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços;

III - geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço;

IV - inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos;

V - recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência;

VI - remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços;

VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços;

VIII - incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.

O § 2º do dispositivo em comento estabelece que *“poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários que não tenham capacidade de pagamento suficiente para cobrir o custo integral dos serviços”*.

No mesmo sentido, o art. 4º-A, § 8º, da Lei n. 9.984/2000, incluído pela Lei n. 14.026/2020, dispõe que as normas de referência de regulação tarifária estabelecerão os mecanismos de subsídios para as populações de baixa renda, a fim de possibilitar a universalização dos serviços, observado o disposto no art. 31 da Lei n. 11.445/2007, e, quando couber, o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários dos serviços.

Mister destacar que, *a priori*, as mudanças capitaneadas pela Lei n. 14.026/2020, tais como os incentivos às privatizações e prestação regionalizada dos serviços de saneamento básicos, buscam exatamente a eficiência na prestação desses serviços públicos, o que pode, em tese, resultar em redução de custos e, por conseguinte, em tarifas mais módicas aos usuários.

Por outro lado, a prestação dos serviços de saneamento básico por meio de sua concessão a particulares retira a obrigação do poder público de arcar com os custos de sua prestação, os quais serão, na concessão comum, remunerados apenas pelos usuários. Contudo, se a modalidade de concessão escolhida for a especial sob o regime de parceria público-privada, em que existe contraprestação por parte do ente público, deve-se observar, no que concerne aos impactos orçamentários, as normas da Lei n. 11.079/2005, em especial as condições previstas no art. 10 da referida lei.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já salientado, a instituição de um novo regime legal para a prestação de um serviço público, mormente em um setor complexo, como é o de saneamento básico, requer além da previsão de regramento específico para as situações transitórias decorrentes da alteração legislativa, uma postura de cautela dos gestores públicos e dos órgãos de controle, na implementação das mudanças, a fim de que sejam concretizadas da forma como proposta pelo legislador, sem prejuízos para a continuidade dos serviços públicos e para o erário.

Mister ponderar que o Novo Marco Legal do Saneamento Básico já se encontra em vigor há quase dois anos, uma vez que a Lei 14.026/2021 foi publicada aos 16 de julho de 2020, sem que muitos avanços tenham sido alcançados na implementação das mudanças. Nesse sentido, de grande relevo será o papel do Ministério Público no impulsionamento das medidas necessárias à implementação dos resultados pretendidos, num ambiente de interlocução interinstitucional e diálogo.

Registra-se que, em razão da recenticidade da matéria ora discutida, bem como diante da sua complexidade, as orientações contidas na presente Informação Técnico-Jurídica poderão ser complementadas e/ou alteradas, mas poderão, desde já, observada a independência funcional, ser utilizadas pelos membros do Ministério Público, nos expedientes a serem elaborados e na condução da sua atuação.

Fabiana Lemes Zamalloa do Prado
Promotora de Justiça
Coordenadora da Área do Patrimônio Público e Terceiro Setor