

Do baixo controle social em políticas públicas de saneamento básico: uma hipótese jurídico-institucional

*Sergio Ruy David Polimeno Valente*¹
Advogado

Resumo: Este artigo pretende examinar aspectos do arranjo jurídico-institucional da política nacional de saneamento básico buscando investigar causas, ligadas ao direito, para a baixa efetividade do controle social e da participação popular no setor.

Abstract: This article intends to examine aspects of the legal-institutional arrangement of the Brazilian policy of basic sanitation to investigate law-related causes of the low effectiveness of social control and popular participation in this sector.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Saneamento Básico. Controle Social. Participação. Visão Jurídico-institucional.

Keywords: Public Policies. Basic Sanitation. Social Control. Participation. Legal-institutional Analysis.

1. Introdução

O presente artigo deriva de uma exposição realizada no seminário “O Direito Urbanístico a partir de casos complexos” em junho de 2018 a convite da Escola Paulista da Magistratura e que, por sua vez, se baseou em parte de pesquisa desenvolvida por ocasião de dissertação de mestrado defendida em abril do mesmo ano. Uma das questões que serviram de provocação para as falas dos debatedores foi a indagação sobre quais seriam as razões pelas quais a participação social nos rumos de políticas de saneamento básico² é baixa. Como evidência da premissa, um levantamento empírico foi apresentado previamente pela primeira expositora³ contendo, entre outros dados, a informação de que a primeira audiência pública para tratar da forma de prestação de serviços de saneamento básico no estado de São Paulo foi aberta pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP apenas em 2017, dez anos após sua criação, e teve participação apenas da Sabesp⁴.

¹ Doutorando, mestre em Direito do Estado e bacharel pela Universidade de São Paulo, especialista MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas e advogado em São Paulo.

² Considerada, para os fins deste artigo, como fornecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto, excluída a questão dos resíduos sólidos.

³ Alexandra Fuchs de Araújo, Juíza de Direito em São Paulo.

⁴ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ARAÚJO, Alexandra Fuchs. O papel da agência reguladora na governança metropolitana em matéria de saneamento básico: apontamentos sobre a importância da republicanização do processo de tomada de decisão estatal para o bom governo das águas na metrópole. *Revista de Direito Ambiental*, v. 91, p. 107-128, 2018.

Uma questão complexa como essa é permeada de fatores dos mais variados tipos e relacionados com as mais diversas áreas do conhecimento, mas certamente o direito possui um papel dos mais importantes na tentativa de se chegar a uma resposta. Uma mesma política pública pode ser objeto de estudos de economistas, administradores, engenheiros, cientistas políticos, ambientalistas, juristas, entre outros. No que tange especificamente ao direito, as possibilidades de contribuição são de especial relevância, já que é característica comum a todas as políticas públicas a estruturação por textos normativos dos mais variados níveis, fontes e finalidades. Logo, uma contribuição que os estudos jurídicos em políticas públicas podem trazer é a análise técnica do arcabouço normativo que conforma as políticas, por meio do qual o Estado comunica, aos diversos atores envolvidos e à sociedade como um todo, o conteúdo e o sentido de suas ações, bem como os incentivos e desincentivos a comportamentos. Esse olhar jurídico, no entanto, não pode perder de vista a dimensão política inerente ao assunto, sob pena de não se chegar às respostas almejadas. Nesse sentido, será utilizada na análise uma abordagem funcionalista do direito em oposição a uma abordagem formalista⁵ ou tradicional, uma vez que a premissa de que o direito por si só fornece todas as respostas não parece bastar ao melhor entendimento da questão. A abordagem funcionalista foi desenvolvida por Norberto Bobbio na fase pós-positivista de sua pesquisa acadêmica, culminando em uma visão particular da função do direito, em resposta à constatação das mudanças e evolução no papel do Estado na sociedade⁶. Com a evolução do Estado liberal (garantidor de relações privadas) para o Estado social (provedor de serviços), o papel do direito e as consequentes visões teóricas sobre ele passam por transformações semelhantes. Ao mesmo tempo em que o aparato do Estado torna-se mais complexo, proliferam, em oposição às normas de conduta, normas de organização. A ideia de direito como um ordenamento de vocação protetiva-repressiva dá lugar cada vez mais a um sistema jurídico de encorajamento de condutas, passando de uma postura passiva em face das relações sociais para uma postura ativa, incentivadora, provedora de caminhos, tendo o ordenamento uma função promocional⁷. A política de saneamento básico no Brasil, assim como outras tantas destinadas a reverter quadros sociais precários, visa especificamente ao desenvolvimento do país, notadamente à transformação do *status quo*, e não sua manutenção. Enquanto as medidas de desencorajamento, próprias de uma visão formalista do direito, são utilizadas predominantemente com a finalidade de conservação social, as medidas de encorajamento, próprias do ordenamento promocional, objetivam a mudança e a transformação social⁸, na linha de efetivação de direitos que guia as políticas públicas.

O exame crítico do arranjo jurídico-institucional⁹ de uma política permite a identificação de estímulos e desestímulos a determinadas condutas ou estados de coisas e traz

⁵ MALDONADO, Daniel E. B. O formalismo jurídico, a educação jurídica e a prática profissional do Direito na América Latina. Tradução: Alexandrina Benjamin Estevão de Farias. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, Goiânia, v. 36, n. 2, p. 101-134, 2012. Para o autor, uma abordagem formalista ou tradicional do direito caracteriza-se por cinco aspectos principais: a identificação do direito com a lei; a noção do direito como sistema completo que oferece respostas e soluções a todos os conflitos; a noção do direito como um sistema fechado; o direito como sistema coerente; e o direito como um sistema que fornece respostas unívocas para tudo o que pretende regular.

⁶ Conforme prefácio de Mario Losano em BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

⁷ Conforme BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 13.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, Barueri: Manole, 2007, p. 19.

⁹ O arranjo jurídico-institucional é a face normativa do arranjo institucional, que Douglass North e Lance Davis definem como “arranjos entre unidades econômicas que governam a forma como essas unidades cooperam ou competem”. DAVIS, Lance;

também uma possibilidade prospectiva, ou seja, a capacidade analítica de traçar estratégias jurídico-institucionais por meio da identificação de como atuam os diversos atores e, com base nas instituições, desenvolver visões prospectivas no sentido de sua remodelação para uma maior efetividade¹⁰. Desse modo, questiona-se: o arranjo jurídico-institucional da política nacional de saneamento incentiva ou desincentiva a participação popular e controle social e de que forma isso acontece? Superar essa questão se mostra como primeiro ponto para enfrentar os desafios de melhorar o controle social no setor de saneamento, seja por meio de aprimoramento do arranjo pela via legislativa, seja pela aplicação do direito no caso concreto por juízes, administradores públicos e mandatários políticos.

2. Interesses e atores no saneamento

Sob a perspectiva da ação governamental, Lowi¹¹ definiu uma tipologia de políticas públicas quanto às formas de distribuição de recursos. Um primeiro tipo de política seria a constitutiva, relacionada com a criação e transformação das regras do jogo político, o que se assemelharia mais às disputas quanto ao ambiente institucional¹². Um segundo seria a regulatória, visando à produção de regras para as atividades externas ao governo. Já as outras duas classificações tratam mais diretamente da forma como são alocados os meios. Nas políticas distributivas, não se apresentam maiores conflitos entre favorecidos, tratando-se normalmente de alocação de recursos não finitos. Já nas políticas redistributivas, os recursos são finitos e as disputas entre os diversos e potenciais beneficiários se evidenciam¹³. No caso do saneamento, são claros os conflitos redistributivos característicos do setor, na execução de políticas ou na falta delas, e para entendê-los é preciso identificar os grandes interesses e a conformação de atores. Considerando o déficit na prestação de alguns serviços básicos, em especial a coleta e o tratamento de esgoto, as disputas em torno da expansão das redes, ritmo de implantação, política tarifária, entre outras, constituem um jogo de soma zero. Porém, essas disputas se dão de forma diversa do que ocorre em outras searas, dadas as suas características próprias, em especial o fato de os efeitos práticos, positivos ou negativos, serem especialmente percebidos na forma de externalidades¹⁴. A ideia da política pública de saneamento como objeto de disputas redistributivas é pressuposto para a compreensão do seu arranjo jurídico-institucional na dimensão entre os aspectos jurídico e político, em especial no que toca aos impactos que isso pode trazer para a participação e controle social.

NORTH, Douglass. Institutional change and American economic growth: a first step towards a theory of institutional innovation. *The Journal of Economic History*, v. 30, n. 1, p. 131-149, 1970, p. 133.

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37-38.

¹¹ LOWI, Theodore J. Distribution, regulation, redistribution: the functions of government. In: RIPLEY, Randall Butler. *Public policies and their politics: an introduction to the techniques of government control*. New York: Norton, 1966, p. 27-40.

¹² Conjunto de regras políticas, sociais e jurídicas básicas que regem a atividade econômica e política, não se confundindo com os arranjos, segundo DAVIS, Lance; NORTH, Douglass. Institutional change and American economic growth: a first step towards a theory of institutional innovation. *The Journal of Economic History*, v. 30, n. 1, p. 131-149, 1970.

¹³ MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na ciência política. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora UNESP: Editora Fiocruz, 2013, p. 29.

¹⁴ As políticas de saúde, por exemplo, têm alto e pulverizado grau de judicialização, diretamente pelos beneficiários. No caso do saneamento, essa judicialização é indireta.

O quadro normativo constitucional não traz definições bem delineadas acerca da competência de cada ente federativo e da forma de integração de suas ações, especialmente no que tange às regiões metropolitanas, e isso faz surgir a primeira dicotomia de interesses opondo, de um lado, os Municípios, e do outro, os Estados. Com base nas diversas formas de se interpretar a divisão constitucional de competências e nas características da prestação dos serviços, evidencia-se a disputa juridicamente qualificada entre os que defendem que os serviços de saneamento devem ser prestados pelos Municípios e os que pugnavam pela prestação a cargo dos Estados. Os argumentos de embasamento de cada uma das posições são muitos e transitam desde a seara puramente jurídico-dogmática, com o exercício exegético sobre o texto normativo constitucional, até razões de ordem técnica e econômica, como a integração e interdependência de redes e recursos hídricos. Os defensores da tese municipalista argumentam que a distribuição de água e a coleta de esgoto são atividades intrinsecamente locais, e o fato de haver etapas da cadeia que possam vir a transcender o território municipal, como a captação de água e o tratamento do esgoto, não são suficientes para descaracterizar o interesse local¹⁵. Uma forma interessante de ilustrar esse argumento é fazendo um paralelo com o setor de iluminação pública. Nesse sentido, apesar de não se questionar que a iluminação pública é de interesse local e, portanto, de competência dos municípios, também há, na prestação desse serviço, elementos da cadeia que transcendem o território e as atribuições municipais, como a geração e a distribuição de energia elétrica, a cargo da União por força do artigo 21, XX, b, da Constituição, e isso não descaracteriza o interesse local¹⁶. Por outro lado, a visão estadualista, ou seja, a de que deveria caber aos Estados a titularidade do poder concedente, calca-se no argumento de que isso seria necessário para manter a estrutura construída em torno do antigo plano (que será abordado mais à frente), baseada na centralização da prestação nas companhias estaduais de saneamento¹⁷. Ao longo do desenvolvimento do setor, o modelo migrou seu âmbito decisório dos Municípios e pequenas regiões para a União e os Estados, especialmente com a criação das companhias estaduais de saneamento básico predominantemente na década de 1970. Também em decorrência do caráter autoritário do regime político da época, forçou-se a centralização das políticas do setor e sua concentração na União e Estados, em detrimento dos Municípios e seus interesses locais. Pela prática da época, as companhias estaduais tradicionalmente só atendiam ao governo federal e ignoravam os Municípios, os quais, muitas vezes, tinham sua autonomia reprimida explicitamente, como no caso de nomeação de prefeitos de capitais por governos estaduais¹⁸. Além disso, os serviços em regiões metropolitanas eram superavitários, em oposição aos Municípios de pequeno porte, e parte da lógica de sustentabilidade financeira se baseava em subsídios cruzados, ou seja, no financiamento de localidades deficitárias por localidades superavitárias, o que traria uma maior racionalidade à prestação estadualizada.

¹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2penJTY>. Acesso em: 2 out. 2017, p. 30.

¹⁶ *Ibid.*, p. 31.

¹⁷ RIBEIRO, Wladimir Antonio; COSTA, Silvano Silvério da. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. In: CASTRO, Esteben José; HELLER, Leo (org.). *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: Fiocruz, 2013, p. 477.

¹⁸ RIBEIRO, Wladimir Antonio; COSTA, Silvano Silvério da. Dos porões à luz do dia. Um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. In: CASTRO, Esteben José; HELLER, Leo (org.). *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: Fiocruz, 2013, p. 477.

Após a promulgação da Constituição de 1988, o debate acerca da titularidade da prestação de serviços de água e esgoto ganhou força, com a organização dos grupos de interesse fomentados pelo recém-estabelecido regime democrático, no qual, por essência, se rechaçam imposições de entendimentos e visões “de cima para baixo”, como ocorrido na implementação das políticas na época do regime militar. A questão da titularidade da prestação de serviços de saneamento ainda causa inúmeros entraves ao desenvolvimento do setor, apesar de já afirmada a titularidade, como regra, dos Municípios. Isso porque perduram as tentativas dos Estados de, por meio de lei complementar estadual, retirarem dos Municípios componentes de regiões metropolitanas as competências para gerirem seus serviços de água e esgoto, e as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal não deixam claros os limites a serem respeitados por cada um dos entes¹⁹.

Uma outra grande dicotomia de interesses surge da previsão constitucional²⁰ da possibilidade tanto de prestação direta quanto de delegação dos serviços públicos e, no caso em tela, dos serviços públicos de saneamento básico. Trata-se da oposição entre os *publicistas* ou *estatistas*, quais sejam, os que defendem que a prestação de serviços deve ser realizada diretamente pelo Estado, e os *privatistas*, que acreditam que os serviços de saneamento devem ficar a cargo da iniciativa privada, relegando ao Estado a função de fiscalizador e regulador. Nesse sentido, tem-se configurado um quadro primitivo de interesses da seguinte forma:

Quadro 1 – Interesses

Quanto à titularidade	Quanto à forma de prestação	
	Publicistas	Privatistas
Estadualistas	Estadualistas publicistas	Estadualistas privatistas
Municipalistas	Municipalistas publicistas	Municipalistas privatistas

Já com relação aos atores no setor de saneamento, pode-se classificá-los quanto à sua função²¹. Em primeiro lugar, podemos identificar a função de operador. Trata-se da pessoa, órgão, autarquia ou empresa que fica incumbida da prestação dos serviços em seu sentido mais restrito, ou seja, a execução propriamente dita das atividades materialmente palpáveis dos serviços de saneamento, como o fornecimento de água, coleta e tratamento do esgoto. Os operadores, por sua vez, podem ser privados ou públicos e, entre estes últimos, estaduais ou municipais. Existe a possibilidade também de um operador ser regional, que ocorre quando municípios se reúnem em consórcio público para a delegação em conjunto da exploração do serviço, ou quando há identidade entre operadores e reguladores em Municípios de uma mesma região, ainda que com contratos individualizados. Não se confunde necessariamente com o operador outro ator relevante para o quadro, qual seja,

¹⁹ Cita-se como paradigma maior a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842.

²⁰ Conforme artigo 175 da Constituição: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

²¹ Conforme classificação proposta por COUTINHO, Diogo et al. Poder concedente e marco regulatório no saneamento básico. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 2, 2006, p. 22. [Relatório de Pesquisa n. 10].

o titular – aquele que detém o poder concedente e a competência para exploração do serviço público de saneamento. Da mesma forma, existe a figura do planejador, a quem incumbe a função de traçar os objetivos, metas e ações para sua respectiva consecução. Também quanto à função, pode-se identificar a figura do regulador, o qual, no que tange a serviços públicos, tem sua importância institucional acentuada nas últimas décadas em razão da transformação do tema serviço público no direito administrativo, motivada muito pela transformação do próprio Estado. Os reguladores, por concepção e em razão do artigo 174 da Constituição, devem ter sempre caráter público e podem se dividir também com relação aos entes federativos vinculados: federais, estaduais, ou municipais. Também há a figura do regulador regional, ou intermunicipal, que ocorre quando um ou mais entes federativos se juntam para criação de uma entidade reguladora²² com uma finalidade específica, por exemplo, por meio de um consórcio público, com fundamento no artigo 241 da Constituição e na Lei 11.107/05. Distinto dos demais, o financiador é qualquer entidade que tenha por finalidade ou função fornecer recursos financeiros para a execução de obras e das políticas em geral, podendo ser público, privado, nacional e internacional. Finalmente, pode-se mencionar também a figura do controlador social (na falta de um termo melhor), para designar a instituição, colegiada ou não, de participação social na formulação de políticas e sua execução.

Assim, temos o seguinte quadro de atores, classificados quanto à função:

Quadro 2 – Atores por função

1. Operador
1.1. Privado
1.2. Público
1.2.1. Estaduais
1.2.2. Municipais
1.2.3. Regionais
2. Titular
3. Planejador
4. Regulador
4.1. Federal
4.2. Estadual
4.3. Municipal
4.4. Regional
5. Financiador
5.1. Privado
5.1.1. Nacional
5.1.2. Internacional
5.2. Público
5.2.1. Nacional
5.2.2. Internacional
6. Controlador social

²² É o caso, por exemplo, da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – ARIS, criada em 2009 e que hoje congrega 176 municípios de Santa Catarina.

A identificação de interesses e atores é importante para a análise do funcionamento concreto da política, de que forma estão sendo desempenhados esses papéis na prática e quais os fatores críticos preponderantes, de ordem político-jurídica, para o atual estado de coisas no que tange à participação e controle social.

3. O desenvolvimento jurídico-institucional do setor

Não há como entender o atual arranjo jurídico-institucional do setor de saneamento básico no Brasil sem conhecer, ao menos em linhas gerais, como se deu sua evolução ao longo dos anos, considerando que até hoje elementos de inércia institucional continuam a produzir efeitos a despeito de mudanças estruturais e reformulações²³. A primeira fase do saneamento no Brasil, que perdurou até a década de 1960, foi caracterizada por baixa institucionalização e por iniciativas pulverizadas e locais, sem que houvesse qualquer planejamento central relevante além daqueles por meio de convênios esparsos ou motivados por questões sanitárias pontuais. As prestações de serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário se caracterizavam pela descentralização da forma de operação, com foco nos Municípios. Além disso, era presente na prestação de serviços o que se denominou como paternalismo tarifário, ou seja, tarifas irrealis e incompatíveis com a sustentabilidade dos serviços, o que acarretava, conseqüentemente, a falta crônica de recursos e a pouca capacidade de investimento. A debilidade dos Municípios, o paternalismo tarifário, as interferências políticas e a aplicação de recursos a fundo perdido seriam os responsáveis pelo círculo vicioso que caracterizava o déficit no setor, segundo diagnósticos do governo federal na década de 1960²⁴. A descentralização caracterizava a prestação dos serviços de saneamento e não havia um conjunto de ações governamentais nacionalmente articuladas que envolvessem os ciclos característicos da política pública. O quadro institucional precário da época refletia nos baixos índices de fornecimento de água e esgoto²⁵.

A fase subsequente começa em meados da década de 1960, quando cresceu a preocupação do governo federal com a questão, o que se pôde verificar pelo conteúdo de diversos programas econômicos e de infraestrutura do governo militar²⁶, nos quais saúde e saneamento foram considerados conjuntamente no estabelecimento de diretrizes e metas. Diversas medidas implementadas²⁷ visavam à centralização e à busca da autosustentabilidade financeira e culminaram no PLANASA – Plano Nacional de Saneamento, marco da intervenção do Estado brasileiro no setor de saneamento, que assume o caráter de política nacional²⁸. O momento político, caracterizado pelo golpe de 1964

²³ Essa importância condicionante da trajetória institucional é chamada em estudos de ciência política da linha neoinstitucionalista histórica de *path dependency*, conforme HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary, C. R. *Political science and the three new institutionalisms*. *Political Studies*, n. 44, p. 936-957, 1996, p. 939.

²⁴ JACOBI, Pedro. *Movimentos sociais e políticas públicas: demandas por saneamento básico e saúde*. São Paulo: Cortez, 1989, p. 24.

²⁵ Estudo do Banco Nacional de Habitação, referente ao ano de 1967, conforme JACOBI, Pedro. *Movimentos sociais e políticas públicas: demandas por saneamento básico e saúde*. São Paulo, Cortez, 1989, p. 24.

²⁶ Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG/1964/1966), Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e o Plano Estratégico de Desenvolvimento.

²⁷ Criação do Fundo de Financiamento para o Saneamento, cuja gestão ficou a cargo do Banco Nacional de Habitação, o qual, por sua vez, criou o Programa de Financiamento para Saneamento e estimulou a criação de diversos outros fundos regionais.

²⁸ SARAIVA, Flávio Mesquita. A política de saneamento básico pós-64, um novo modelo de intervenção do Estado brasileiro. *Pesquisa e Debate: Revista do Programa de Estudos Pós-graduados em Economia da PUC-SP*, São Paulo, n. 3, p. 59-72, 1987, p. 59-61.

e o decorrente regime autoritário, propiciou condições práticas para a centralização das decisões e a implantação de um modelo de intervenção sem que houvesse maiores obstáculos a superar, comuns aos regimes democráticos, como a tramitação regular e conflituosa de marcos legais, resistências abertamente debatidas, conflitos federativos, divergências partidárias, entre outros. Em um contexto autoritário, as políticas públicas se afirmaram em meio à estratégia de centralização da capacidade decisória em grupos de especialistas oriundos de quadros do Estado, isolando assim as camadas mais altas da Administração Pública, o que garantiu a proteção do núcleo técnico do Estado contra a interferência política que poderia emanar da sociedade ou de outras organizações²⁹. Houve grande foco na criação e desenvolvimento de companhias estaduais de saneamento básico, que viriam a assumir posição protagonista na gestão dos serviços públicos em detrimento dos municípios. A doutrina aponta que a expansão da infraestrutura demandada pelo explosivo crescimento da população urbana, somada à necessidade estratégica de manutenção de tarifas sociais e congelamentos tarifários como forma de controle inflacionário, que ficavam a cargo das companhias estaduais, tornavam-nas insustentáveis do ponto de vista financeiro, a despeito dos subsídios cruzados. Esse desequilíbrio era compensado por subsídios diretos da União, por meio de empréstimos a fundo perdido e outros instrumentos, o que possibilitou a continuidade das atividades das companhias e, especialmente, uma evolução significativa no índice de cobertura, particularmente nas ligações à rede de água³⁰.

O PLANASA perdurou até final da década de 1980, mas já declinava muitos anos antes. Os motivos pelos quais entrou em decadência se devem à crescente escassez de recursos federais necessários ao equilíbrio das finanças das companhias estaduais, em razão do agravamento da crise econômica. O modelo foi perdendo força principalmente por causa da desestruturação financeira. Fatores como o término das transferências a fundo perdido da União e a diminuição de recursos oriundos do FGTS, em razão do arrocho salarial e dos saques dos desempregados, foram cruciais para tanto³¹. Do ponto de vista político, seu perecimento também se deveu à mudança da ordem jurídico-institucional a partir da Constituição de 1988, e o subsequente surgimento das diversas leis orgânicas municipais que se seguiram à Constituição como consequência do novo equilíbrio de forças no âmbito do Estado. O modelo tornou-se juridicamente conflitante com o novo papel que os Municípios passariam a desempenhar na federação e a repartição de competências no novo contexto do regime democrático. A Constituição de 1988, sua repartição de competências e o fortalecimento dos Municípios esvaziaram institucionalmente a política pública nacional de saneamento, tornando-a praticamente inexistente do ponto de vista jurídico, sendo observada nesse hiato a preponderância de programas pontuais e a inércia fática da centralização, capitaneada pelo peso político das companhias estaduais e seus estados controladores.

²⁹ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v. 23, n. 3, p. 615-634, 2016, p. 624.

³⁰ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v. 23, n. 3, p. 615-634, 2016, p. 624.

³¹ CARVALHO, Vinicius Marques de. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 118 e 120.

4. O novo arranjo jurídico-institucional do saneamento e as implicações sobre o controle social

No período pós-PLANASA, a discussão acerca de um novo marco normativo para o setor de saneamento se intensificou. Chegou a ser aprovado nas duas casas legislativas, inclusive, projeto de lei de autoria da Deputada Irma Passoni, do Partido dos Trabalhadores, que instituiu a Política Nacional de Saneamento³². O projeto procurava criar as bases para uma nova política estruturada de modo a compor arranjos compatíveis com o contexto democrático e com a Constituição de 1988. Explicitou-se, já no início do texto, o objetivo de, com as diretrizes de uma política nacional, articular as ações governamentais, respeitando a autonomia político-administrativa dos entes federativos, mencionando explicitamente também a integração e a harmonização com as políticas nacionais de saúde pública, desenvolvimento urbano, recursos hídricos e meio ambiente³³. Estavam contidas no texto regras sobre o conteúdo de contratos de concessão ou permissão de serviços, como o estabelecimento de condições de fiscalização, reversão de bens quando de seu término, direitos dos usuários, entre outras coisas, além da obrigação de que os contratos dependessem sempre de prévia licitação. O projeto previa o apoio da União para a organização político-administrativa dos serviços, por meio de uma série de diretrizes, como a progressiva capacitação estadual e municipal, articulação interinstitucional com relação às ações governamentais concernentes a outras políticas públicas, incentivo à implantação de soluções intermunicipais e interestaduais mediante planos regionais, apoio para melhoria de produtividade das concessionárias públicas ou privadas de serviço, além de apoio financeiro. Aprovada em etapa final no Senado em fins de dezembro de 1994, a proposição foi integralmente vetada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso em 4 de janeiro de 1995, sob a justificativa de ser contrário ao interesse público³⁴.

O governo FHC, por sua vez, fez tentativas de implementar seu próprio marco do saneamento de acordo com concepções liberalizantes, primeiro com o Projeto de Lei do Senado 266/1996, de autoria do Senador José Serra, e depois com o PL 4.147/2001. Pela análise de seu texto, percebe-se claramente que a preocupação foi moldar um conjunto de regras que possibilitasse maior fluidez e segurança para processos de privatização, bem como para a posterior regulação dos serviços concedidos por parte do Estado. A preocupação com a viabilidade econômico-financeira das operações também é percebida em dispositivos que preveem que a área geográfica das concessões deveria compreender o mínimo necessário para prestação eficiente, envolvendo, inclusive, a gestão associada de diversos titulares, se necessário. Em oposição ao projeto anterior, há também especial ênfase à atividade de regulação do Estado, que conta com capítulo específico, e também é indiretamente tratada ao longo do restante do texto, o qual prevê normas sobre política tarifária e matérias relacionadas. A ênfase na regulação ia ao encontro das diretrizes econômicas liberalizantes, as quais passaram a ser exigidas cada

³² PLC 199/93, conforme nomenclatura assumida no Senado, ou PL 53/1991, nomenclatura da Câmara, conforme texto original publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, página 1936 e seguintes, de 15 de março de 1991.

³³ Art. 2º do projeto.

³⁴ Pode-se afirmar que o arranjo proposto era incompatível com as diretrizes políticas do novo governo, que buscava, entre outras medidas, alterar o modelo de desenvolvimento econômico por meio de privatizações, o que não era encampado pelo novo marco aprovado no Congresso. Ressalte-se que, à época, a Lei 8.987/95, que tratava das concessões de serviços públicos, havia sido sancionada pouco antes, em fevereiro daquele ano, e a própria Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) era fenômeno jurídico novo no ordenamento.

vez mais pelos organismos financeiros internacionais para a concessão de empréstimos e liberação de recursos destinados ao desenvolvimento de países periféricos, entre eles o Brasil. Refletia ainda a transformação da própria ideia de serviço público ao longo do tempo, também por influência do ideário liberal que ressurgira, notadamente nos EUA e na Inglaterra, no início da década de 1980. Nesse sentido, o PL 4147/2001 representou a consolidação, no governo, dessa visão de transformação da relação do Estado com os serviços de saneamento e serviços públicos no geral.

Contrários ao projeto, estadualistas e municipalistas vinculados ao interesse estatista se reuniram constituindo um bloco organizado de defesa de sua visão chamado Frente Nacional pelo Saneamento Ambiental, em 1997, o qual foi decisivo para evitar a privatização em larga escala nos anos seguintes³⁵. Essa união dos dois grandes grupos de interesse da época foi decisiva para que as iniciativas do governo federal no sentido de uma legislação liberalizante para o saneamento restassem frustradas, já que o PL 4147/2001 acabou tendo sua tramitação interrompida, o que representou uma vitória do interesse estatista.

Com a mudança de governo em 2003, deu-se a retomada das discussões acerca de um marco regulatório para o setor, que culminou na lei 11.445/07³⁶, quase 20 anos após a Constituição de 1988. Até que se conseguisse chegar nesse resultado, porém, percorreu-se um caminho complexo e difícil. Afastada a possibilidade de um marco normativo eminentemente privatista, em razão da ascensão ao poder de uma coalizão partidária não propensa às ideias econômicas hegemônicas no âmbito internacional, os dois grupos de interesse, que outrora estavam unidos em prol de um objetivo comum estatista, agora novamente se separaram tornando a pressionar o Congresso pela aprovação de um marco que privilegiasse seus interesses próprios. Assim, o governo passou a ter de negociar distintamente tanto com os municipalistas quanto com os estadualistas. O governo apresentou, então, na Câmara dos Deputados, o PL 5.296/2005, formatado no âmbito do recém-criado Ministério das Cidades, a quem coube a função de formular a reestruturação por completo do setor. O projeto previa novos instrumentos de gestão, subordinação a entidades de regulação, órgãos colegiados de controle social e fundos federativos. Sofreu mais de oitocentas emendas, a maioria delas contemplando os interesses dos estadualistas. Entre os pontos mais questionados estavam: a instituição do SISNASA – Sistema Nacional de Saneamento, prevendo a subordinação da ação e financiamento dos prestadores a normas editadas pelo governo federal; a instituição de fundos federativos como meio de financiamento em alternativa aos subsídios cruzados; e a criação de conselhos deliberativos de políticas públicas para o setor³⁷. O SISNASA contrariava os interesses dos estadualistas, pois representava um deslocamento das decisões para o âmbito do governo federal, em sobreposição aos Estados. Os fundos federativos também eram indesejados pelos estadualistas, pois trariam consigo mecanismos de governança mais igualitários e uma nova distribuição de poder sobre os recursos financeiros. Cabe lembrar que o financiamento do saneamento básico no âmbito dos estados se apoiava muito nos

³⁵ SOUSA, Ana Cristina Augusto de; COSTA, Nilson do Rosário. Ação coletiva e veto em política pública: o caso do saneamento no Brasil (1998-2002). *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 8, p. 3541-3552, 2011, p. 3545.

³⁶ Na data de conclusão deste artigo encontra-se em vigência a Medida Provisória 868/2018, que traz alterações significativas no marco normativo. Contudo, como o texto ainda não foi aprovado no Congresso até o presente momento, e como outra medida provisória nos mesmos moldes (MP 844/2018) perdeu a eficácia por decurso de prazo, opta-se por não comentá-la.

³⁷ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v. 23, n. 3, p. 615-634, 2016, p. 629.

chamados subsídios cruzados, pelos quais localidades mais ricas e de maior viabilidade econômica subsidiavam, com tarifas maiores, localidades em que o serviço fosse menos viável ou que necessitassem de maiores investimentos³⁸. Na prática, os subsídios cruzados, ao concentrarem nas companhias estaduais o excedente de arrecadação destinado a investimentos e expansão dos serviços, as deixavam totalmente no controle sobre a forma de distribuição e uso dos recursos, não permitindo a participação de outros atores interessados nesse processo. Os fundos federativos, por sua vez, representariam um novo modelo de financiamento, mais acessível às reivindicações de outras partes interessadas, diminuindo assim o poder das companhias estaduais. Além disso, a proposta de conselhos participativos como parte integrante na formulação e implementação da política de saneamento, com função deliberativa, representou a possibilidade de um controle social efetivo sobre uma atividade que nunca havia tido qualquer tipo de controle externo³⁹.

A apresentação de projeto alternativo pelos estadualistas⁴⁰ e o amplo apoio dos estados a esse projeto pressionou o governo federal para que negociasse com o *lobby* estadualista os pontos mais nevrálgicos da proposição. Assim, a criação do SISNASA, tal como originalmente concebido, acabou ficando de fora do texto final, bem como a criação de fundos federativos e conselhos de participação social de caráter deliberativo.

Finalmente, o novo marco do setor foi estabelecido com a aprovação do Projeto de Lei 7.361/06, resultado da negociação final com base no PL 5.296/05 e no PLS 155⁴¹. A Lei 11.445 de 5 de janeiro de 2007, conhecida como Lei de Diretrizes do Saneamento Básico, instituiu, depois de um longo período de vazio institucional, uma nova Política Nacional de Saneamento Básico. A nova lei se estruturou na forma de dez capítulos, a saber: 1. Princípios fundamentais; 2. Do exercício da titularidade; 3. Da prestação regionalizada; 4. Do planejamento; 5. Da regulação; 6. Dos aspectos econômicos e sociais; 7. Dos aspectos técnicos; 8. Da participação de órgãos colegiados no controle social; 9. Da política federal de saneamento básico; e 10. Das disposições transitórias.

O capítulo 8 trata da participação de órgãos colegiados no controle social da política de saneamento. O artigo 47 prevê a adoção, não obrigatória, de órgãos colegiados de caráter consultivo, no âmbito de Estados, DF e Municípios, com participação assegurada de representantes dos titulares dos órgãos governamentais relacionados com saneamento, dos prestadores de serviço, dos usuários e de entidades técnicas, organizações da sociedade civil e de defesa do consumidor relacionadas com o setor. No campo do controle social de políticas públicas, os conselhos de políticas públicas, também chamados de conselhos gestores, conselhos de direitos, entre outras nomenclaturas utilizadas, têm assumido papel cada vez mais relevante na elaboração, implementação e avaliação das políticas. Após a consolidação da democracia e promulgação da Constituição de 1988, observou-se o aumento do número de conselhos setoriais e o alargamento paulatino de suas competências, de modo que podem ser considerados como instâncias relativamente

³⁸ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, v. 23, n. 3, p. 615-634, 2016, p. 629.

³⁹ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, v. 23, n. 3, p. 615-634, 2016, p. 629.

⁴⁰ PLS 155/2005, de autoria do Senador Gerson Camata, ex-governador do Espírito Santo

⁴¹ DEMOLINER, Karine Silva. Água e saneamento básico: regimes jurídicos e arcos regulatórios no ordenamento brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 174.

recentes de elaboração de políticas no Brasil⁴², ainda que sua existência no direito pátrio date de mais de um século⁴³. O cenário para maior desenvolvimento de mecanismos de participação como tais órgãos colegiados parte de um contexto de crise da representação política, onde o círculo governo/parlamento perde centralidade, passando a concorrer com outras arenas de escolha pública⁴⁴. Vê-se nos últimos anos, em razão disso, o Poder Legislativo compartilhando seu protagonismo de outrora com os outros dois poderes do Estado, por razões diversas relacionadas com o contexto social e político. As inovações institucionais participativas, das quais os conselhos são os principais representantes, trouxeram funções e princípios que concorrem em vários aspectos com a representação política, causando conflitos, por exemplo, quando as deliberações dos conselhos são modificadas pelos poderes Executivo e Legislativo⁴⁵. O caminho inverso também ocorre, com os conselhos procurando influir para alterar modificações legislativas ou do Poder Executivo, muitas vezes em desvio de finalidade⁴⁶. Alguns autores chegam a afirmar que nesse novo contexto de transformação da representação política vivenciado nos últimos tempos, determinados atores da sociedade desempenham *de facto* funções de representação política consagradas *de jure*, sem que sejam esclarecidos os critérios para se aferir a legitimidade dessas atuações⁴⁷. Os conselhos têm sido apontados como foros democráticos de discussões e como instrumentos importantes de concretização dos direitos sociais a que estão vinculados. Podem ser considerados, por um lado, relevantes instrumentos para o desenvolvimento de uma gestão participativa de setores do Estado, revelando novos padrões de relação entre sociedade e governo. Há, porém, a possibilidade, não rara, de serem desvirtuados para meras estruturas burocráticas de transmissão de políticas amoldadas em decisões de cúpula, além da transferência pura e simples, para a comunidade, de ônus administrativos de recursos insuficientes. Esse aspecto revela uma dualidade dos conselhos: ao mesmo tempo em que representam ampliação dos espaços públicos e de integração e mediação, reafirmam antigas práticas herdeiras do fisiologismo, frustrando seu objetivo maior⁴⁸.

No que diz respeito à Lei 11.445/07, na aprovação final da proposta, a relevância dos conselhos de políticas públicas no setor restou absolutamente diminuta e apagada. Ainda que sejam previstos expressamente, a lei faculta ao ente federativo a criação de tais conselhos, não obrigando, portanto, a sua adoção e integração no ciclo de formação de políticas. E, mesmo se adotado, o texto dispõe expressamente que o conselho não terá função deliberativa, mas somente consultiva, o que torna a implementação desse tipo de estrutura na Administração algo de baixo impacto. Porém, ainda assim a Lei representou um avanço do controle social de vários outros meios, como no acesso à

⁴² ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselhos de direitos e formulação de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. (org.). *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, p. 33.

⁴³ O decreto nº 8.659, de 5 de abril de 1911, por exemplo, criou o Conselho Superior de Ensino. Destaque para o artigo 5º que trata do seu objetivo: “o Conselho Superior do Ensino, creado pela presente lei, substituirá a função fiscal do Estado; estabelecerá as ligações necessárias e imprescindíveis no regimen de transição que vae da officialização completa do ensino, ora vigente, á sua total independencia futura, entre a União e os estabelecimentos de ensino”.

⁴⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

⁴⁵ LAVALLE, Adrián G.; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 67, p. 49-103, 2006, p. 82.

⁴⁶ A título de exemplo, a moção nº 01/2014 do Conselho Nacional de Saúde, que manifesta repúdio à aprovação da Lei 12.873/2013.

⁴⁷ Cf. LAVALLE, Adrián G.; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela, op. cit., p. 83.

⁴⁸ GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 108.

informação, mas também no dia a dia da função de planejamento, regulação e prestação dos serviços, tornando exigíveis procedimentos, ainda que mínimos, para garantir essa participação⁴⁹. Esses avanços, no entanto, são postos sob desconfiança quando se analisam casos concretos sobre participação social, como o trazido pelo artigo citado no início⁵⁰ e no questionamento preambular que serviu de inspiração para a elaboração deste texto. A seguir, apresenta-se uma hipótese de ordem jurídico-institucional para tal disfunção.

5. Desincentivos institucionais ao controle social e à participação: sobreposição de papéis dos atores

Já foi visto que a implementação mais efetiva e contundente de conselhos de participação e instrumentos de controle social foi vetada, na tramitação do marco normativo, pelo *lobby* estadualista, hoje representado pelos interesses das companhias estaduais e daqueles que de alguma forma se beneficiam do modelo tal qual se encontra estruturado. Porém, não é só isso que denota o enfraquecimento desses aspectos no arranjo institucional da atual política. Pode-se dizer também que existe uma profunda falta de sintonia entre o modelo focado na titularidade municipal e a ausência de instrumentos de financiamento com estrutura de governança mais democrática, acessível, e de caráter nacional, como o fundo financiador originalmente previsto e que acabou sendo suprimido no processo legislativo. Sem essa característica, o modelo que privilegia a prestação local fica incompleto, já que, novamente, contribui para o reforço do poder de fato concentrado pelas companhias estaduais, em detrimento dos Municípios. A continuidade prática do modelo de subsídios cruzados para financiamento da expansão de serviços o concentra nas mãos desses atores, nem sempre adeptos das melhores práticas de gestão e governança no que tange às decisões sobre alocação de recursos. Conforme discutido anteriormente, uma das propostas que o *lobby* dos estadualistas conseguiu vetar na tramitação do marco foi a criação de um fundo de financiamento vinculado à União. Esse fundo, se criado, poderia servir de mecanismo institucional para refreamento de algumas tensões relacionadas à dinâmica dos subsídios cruzados. Mais do que isso, poderia ter deslocado a gestão desses recursos – e consequente tomada de decisões sobre eles – do âmbito do caixa das companhias estaduais, ambiente naturalmente mais fechado à participação popular, para o campo político, onde o controle social se dá de maneira mais fluída e esperada. E, com a derrota das tentativas de subverter essa lógica dos subsídios cruzados⁵¹, a decisão sobre os recursos tarifários potencialmente utilizáveis para expansão e melhoria dos serviços

⁴⁹ MOTA, Carolina. O controle social no setor de saneamento básico: principais aspectos da Lei Federal 11.445, de 05 de janeiro de 2007 – Lei de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina (coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 268 e 282.

⁵⁰ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ARAÚJO, Alexandra Fuchs. O papel da agência reguladora na governança metropolitana em matéria de saneamento básico: apontamentos sobre a importância da republicanização do processo de tomada de decisão estatal para o bom governo das águas na metrópole. *Revista de Direito Ambiental*, v. 91, p. 107-128, 2018.

⁵¹ CRUZ, Karlos Archanjo da; RAMOS, Francisco de Sousa. Evidências de subsídio cruzado no setor de saneamento básico nacional e suas consequências. *Nova Economia*, v. 26, n. 2, p. 623-651, 2016, p. 649. “A União pode optar por não preservar essa forma de subsídio e, desse modo, tomar uma gama de atitudes, como definir a criação de um fundo compensatório para ajudar os municípios que realmente possuem um custo unitário de produção além do que a população pode pagar, não por questões de ineficiência produtiva, mas por questões geográficas e sociais. Esse fundo pode ser nacional ou estadual, e os recursos para a sua manutenção podem advir de percentuais de lucro dos municípios superavitários ou de origem fiscal. Com isso, seria eliminada boa parte dos conflitos em torno desses subsídios e o uso de práticas eleitoreiras locais. Por outro lado, caso ela opte por preservá-lo, deve definir a titularidade estadual para a gestão dos serviços de saneamento básico para eliminar os conflitos e impedir o êxodo dos municípios superavitários”.

continua concentrada dentro das estruturas empresariais das companhias estaduais, com pouca transparência, a despeito do que determina a lei⁵². Isso faz com que os papéis de financiador e operador fiquem sobrepostos, causando uma série de potenciais conflitos de interesse, inclusive com relação à maior participação da sociedade civil nas decisões, menos viável com essa justaposição.

Além disso, observa-se como ainda mais significativa, na prática, a sobreposição dos papéis de regulador, planejador e operador. Na Lei 11.445/2007 é concebido um modelo de regulação interessante, com definição clara do papel, obrigações e organização dos entes reguladores, e que parte do pressuposto, desenvolvido pela influência liberal da concepção dos serviços públicos, em que se vislumbra a figura do operador separada da do Estado. É certo também que, de acordo com alguns doutrinadores, há uma imprecisão conceitual sobre a ideia de regulação na Lei 11.445/07. Para eles, regulação, propriamente dita, se relaciona à atividade econômica em sentido estrito, e não aos serviços públicos, hipótese para a qual seria melhor falar em controle do poder concedente sobre o concessionário⁵³. Independentemente disso, a noção central de separação entre poder concedente e prestador está presente, e o marco normativo se dedica em grande parte a detalhar a função, os objetivos e até mesmo a organização do regulador, determinando, também, a obrigação de sua existência. Justamente por essa razão, se afigura curiosa e um tanto incoerente a forma como se dá a regulação em diversas oportunidades, subvertendo o espírito do marco normativo, fazendo com que o papel de regulador, planejador e operador se concentrem no âmbito de um mesmo ente político, o que compromete potencialmente a independência e os resultados. É algo que ocorre, por exemplo, nos dois estados mais populosos do país, São Paulo e Minas Gerais, nos quais, no âmbito da relação de negociação política e jurídica entre Municípios e Estado sobre concessão ou renovação de concessão dos serviços de saneamento, é muitas vezes oferecido pelo Estado ao Município um “pacote” de soluções, consistente em auxílio com o plano de saneamento (suprindo a deficiência técnica de planejamento inerente aos Municípios, os entes incumbidos pela lei de elaborarem o plano municipal), em delegação da regulação para ente estadual por meio de convênio (suprindo outra grande lacuna de capacidades institucionais) e, finalmente, em concessão do serviço a empresa pública ou sociedade de economia mista controlada pelo estado, por meio de assinatura de contrato de programa. Ao mesmo tempo em que tais tratativas são facilitadas pela possibilidade de dispensa de licitação para contratação de empresa estatal⁵⁴, são também estimuladas pela pressão exercida pelas companhias estaduais sobre os Municípios com a ameaça de cobrança de indenizações vultosas por bens reversíveis ao término dos contratos de concessão antigos⁵⁵. Não raro, todas as minutas que

⁵² A Lei 11.445/2007 prevê, para o caso de prestação regionalizada, a obrigação de o prestador manter um sistema contábil que registre separadamente custos e receitas dos serviços em cada Município individualmente, e confere à entidade de regulação a tarefa de instituir as regras para estruturação desse sistema.

⁵³ BARIANI JUNIOR, Percival José; DAL POZZO, Augusto Neves. As agências reguladoras e a concessão de serviço público de saneamento básico. In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al. (coord.). *Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 79-94, p. 82.

⁵⁴ Conforme artigo 24, inciso XXVI da Lei 8.666/93: “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.”

⁵⁵ D’AMICO, Rafael Gandara; VALENTE, Sergio R. D. P. Contrato de programa, regulação estadual e o setor de saneamento básico: comentários à luz de alguns dos recentes acontecimentos no Estado de São Paulo. In: PICININ, Juliana et al. (org.). *Saneamento Básico: estudos e pareceres à luz da Lei 11.445/2007*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 254.

consubstanciam juridicamente cada um dos atos do “pacote” são apresentados prontos para o Município, faltando praticamente apenas o cumprimento dos trâmites internos e autorizações legislativas necessárias. É o caso, por exemplo, das tratativas entre a COPASA – Companhia de Saneamento de Minas Gerais e o Município de Lagoa Santa, documentadas nos autos de processo administrativo n. 8579/2014, do Município. Há, nas correspondências trocadas, ofícios e e-mails da COPASA enviando minuta de termo de cooperação a ser firmado entre o Estado e o Município, para articulação interfederativa no saneamento, visando à delegação da regulação e assinatura futura de contrato de programa. Há também correspondências e atas nas quais fica clara a intenção da COPASA de fornecer o Plano Municipal de Saneamento Básico, cujo dever de edição é do titular, o Município. Observa-se também, das missivas assinadas por funcionários da COPASA, que a regulação pela ARSAE-MG – Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais, também está no pacote proposto. Essa concentração prática de papéis dos atores evidencia uma distorção jurídica importante e, a despeito de não estar de acordo com o espírito da Lei 11.445/07, poderia ter sido evitada com um texto mais claro e explícito, cujo silêncio sobre algumas matérias, como a possibilidade ou não de delegação do planejamento, pode ser por vezes interpretado como eloquente⁵⁶ e autorizativo.

Tal situação dá ensejo a diversos questionamentos concretos e análises tópicas que denotariam possíveis indícios de implicações práticas nocivas e conflitos de interesses, falta de independência e transparência. Veja-se, por exemplo, o cenário de crise hídrica em São Paulo nos anos de 2014 e 2015. A Lei 11.445/07 prevê, expressamente, e com pouca margem para interpretações extensivas, que o operador pode adotar tarifas diferenciadas em caso de racionamento de água declarado. Teleologicamente, pode-se afirmar que a função de tal dispositivo é proteger os usuários contra a adoção arbitrária de tarifas maiores ou penalidades, sem que os operadores assumam o ônus político diametralmente correspondente quando não haja uma razão excepcional e juridicamente qualificada para tanto. Assim se apresenta a redação exata do texto normativo:

Art. 46. Em situação crítica de escassez ou contaminação de recursos hídricos que obrigue à adoção de racionamento, declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos, o ente regulador poderá adotar mecanismos tarifários de contingência, com objetivo de cobrir custos adicionais decorrentes, garantindo o equilíbrio financeiro na prestação do serviço e a gestão da demanda.

Sabe-se que, na ocasião, havia resistência política, por parte do governo do Estado, para declarar oficialmente a existência de racionamento, o qual poderia ter impacto importante na disputa eleitoral em curso, a despeito da existência, amplamente noticiada, de uma espécie de “racionamento branco”, por meio de diminuição de pressão das tubulações de água em determinados horários do dia, de modo que, em muitas regiões, observava-se regular, contínuo e previsível desabastecimento de água. Essa era uma matéria em que, evidentemente, seria de total interesse do ente regulador intervir, consoante sua

⁵⁶ SOUZA, Rodrigo Pagani de. Planejamento dos serviços de saneamento básico na Lei Federal nº 11.445 de 5 de janeiro de 2007. In MOTA, Carolina (coord.). *Saneamento básico no Brasil. Aspectos jurídicos da Lei Federal 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 38.

finalidade institucional e suas obrigações em geral dispostas na Lei 11.445/07. Porém, o ente regulador estadual (ARSESP) não somente não se opôs às práticas da Sabesp, como autorizou expressamente, por meio da Deliberação nº 545 de 07/01/2015, a cobrança de sobretarifa/multa independentemente da declaração oficial de racionamento. A questão, em razão da literalidade do texto normativo, foi parar no Judiciário, com a obtenção, pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (PROTESTE), de liminar favorável à interrupção das medidas⁵⁷. A decisão de primeira instância, porém, foi cassada por decisão monocrática do Presidente do Tribunal, José Renato Nalini, por meio de pedido autônomo de suspensão de liminar⁵⁸. Da mesma forma como não se pode afirmar, com contornos de certeza científica, que tal episódio significou falta de independência ou ingerência do governo e/ou operador na decisão do regulador, pode-se, por outro lado, considerando a literalidade do texto normativo, bem como a trajetória da questão no Poder Judiciário antes de ser apreciada pela mais política das instâncias judiciais estaduais, que o episódio constituiu, no mínimo, uma falha no cumprimento do papel de regulador por parte da ARSESP na ocasião. Isso acarreta questionamentos e hipóteses sobre a conveniência desse modelo, especialmente em momentos em que tal arranjo de autonomia e independência é testado.

Outra situação passada na mesma época contribui para esses questionamentos. Durante a crise hídrica supramencionada, a Sabesp, argumentando perda de receita em razão do menor volume de água fornecida à população, pleiteou junto à ARSESP o reequilíbrio econômico-financeiro da prestação, o qual foi concedido pela Agência, redundando em aumento de cerca de 15% nas tarifas ao consumidor final no ano de 2015 em São Paulo⁵⁹. No entanto, a Agência ignorou, na sua decisão, haver obrigação prévia de a Sabesp providenciar estudos e projetos viabilizando a redução da dependência do Sistema Cantareira, consubstanciada no artigo 16 da portaria DAEE nº 1213/2004, termo de outorga de concessão de vazões de recursos hídricos emitido pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado. A existência de tal dispositivo, datado de 2004, dez anos antes da crise, sugere que o desequilíbrio econômico-financeiro apontado em razão da crise não seria algo decorrente de força maior ou caso fortuito e, portanto, não seria completamente inevitável, em razão da inércia da Sabesp nesses 10 anos de planejar e viabilizar a diminuição da dependência do sistema Cantareira, justamente aquele que entrou em colapso⁶⁰. Além da falha de regulação, que sugere conflito de interesse e mau funcionamento do arranjo jurídico-institucional, houve, nesse caso, um encontro de conveniências do Estado de São Paulo com seus “sócios” privados, acionistas da Sabesp, em detrimento do interesse público, na medida em que, apesar da crise e da legítima dúvida sobre a porcentagem de responsabilidade da concessionária, a companhia distribuiu lucros em valores absolutos praticamente iguais aos anos anteriores, mas em proporção muito maior dos dividendos obtidos naquele ano⁶¹. Diga-se, aliás, que a repressão e prevenção

⁵⁷ Autos n. 1000295-36.2015.8.26.0053.

⁵⁸ Autos n. 2002664-48.2015.8.26.0000.

⁵⁹ SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Conflito de interesses nas empresas estatais: uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017, p. 16. Disponível em: <https://bit.ly/2orkbx1>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 19.

⁶¹ *Ibid.*, p. 20.

do abuso do poder econômico é também um dos objetivos a serem atingidos pela função regulatória⁶², o que pode não ter ocorrido no caso descrito⁶³.

Esses dois casos citados constituem evidências de que, na prática, o arranjo jurídico-institucional da política nacional de saneamento básico acaba por estimular uma conjunção nociva de papéis que deveriam ter uma maior separação, com especial destaque à regulação, podendo-se aventar como possibilidade que a baixa participação social se deve também a essa característica, qual seja uma possível falta de identidade e independência da entidade reguladora em relação aos atores regulados, que torna o controle social pouco atraente para quem teria a obrigação de fomentá-lo.

6. Conclusão

O presente artigo procurou explorar hipóteses de ordem jurídico-institucional para explicar um dado da realidade, qual seja a baixa participação social nas políticas públicas de saneamento básico. Por meio da análise do arranjo da política nacional, tendo como orientação a identificação prévia de interesses e atores e o desenvolvimento histórico do setor, pretendeu-se demonstrar como características político-jurídicas, para além do texto normativo em si, criam desincentivos importantes para a participação popular e o controle social de modo geral. A sobreposição prática de papéis entre os diversos atores sociais envolvidos, em especial financiador, operador, planejador e regulador, pode ser um fator crítico para o desestímulo da participação, ao prejudicar, potencialmente, a independência da regulação e ao manter decisões sobre gestão de recursos, que deveriam se sujeitar ao campo político, no âmbito interno das companhias estaduais de saneamento.

Referências

- ARZABE, Patrícia Helena Massa. Conselhos de direitos e formulação de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. (org.). *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001. p. 32-43. Disponível em: <https://bit.ly/2Wpl3iv>. Acesso em: 18 maio 2016.
- BARIANI JUNIOR, Percival José; DAL POZZO, Augusto Neves. As agências reguladoras e a concessão de serviço público de saneamento básico. In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al. (coord.). *Saneamento básico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 79-94.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde*: a visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

⁶² PROBST, Marcos Fey. A interação entre poder concedente e a agência reguladora. In: GALVÃO JR., Alceu de Castro et al. (org.). *Regulação do saneamento básico*. Barueri: Manole, 2013, p. 81.

⁶³ Isso parece confirmar a assertiva de Leo Heller, ao afirmar que “[...] tal hibridismo entre capital público e capital privado coloca em questão se efetivamente os interesses públicos prevalecerão em todos os aspectos da gestão desses prestadores, em especial se consideram o compromisso com a geração de excedentes financeiros nas empresas e sua distribuição aos acionistas, conforme lógica de valorização das ações inerentes ao modelo e à própria expectativa dos investidores”. HELLER, Leo et al. A experiência brasileira na organização dos serviços de saneamento básico. In: CASTRO, Esteben José; HELLER, Leo (org.). *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: Fiocruz, 2013, p. 491.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Vinicius Marques de. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CONFORTO, Glória. A regulação e a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 5, p. 165-180, 2000.
- COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v. 23, n. 3, p. 615-634, 2016.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Poder concedente e marco regulatório no saneamento básico. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 2, 2006. [Relatório de Pesquisa n. 10]
- CRUZ, Karlos Arcanjo da; RAMOS, Francisco de Sousa. Evidências de subsídio cruzado no setor de saneamento básico nacional e suas consequências. *Nova Economia*, v. 26, n. 2, p. 623-651, 2016.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ARAÚJO, Alexandra Fuchs. O papel da agência reguladora na governança metropolitana em matéria de saneamento básico: apontamentos sobre a importância da republicanização do processo de tomada de decisão estatal para o bom governo das águas na metrópole. *Revista de Direito Ambiental*, v. 91, p. 107-128, 2018.
- D'AMICO, Rafael Gandara; VALENTE, Sergio R. D. P. Contrato de programa, regulação estadual e o setor de saneamento básico: comentários à luz de alguns dos recentes acontecimentos no Estado de São Paulo. In: PICININ, Juliana et al. (org.). *Saneamento Básico: estudos e pareceres à luz da Lei 11.445/2007*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 47-56.
- DAVIS, Lance; NORTH, Douglass. Institutional change and American economic growth: a first step towards a theory of institutional innovation. *The Journal of Economic History*, v. 30, n. 1, p. 131-149, 1970.
- DEMOLINER, Karine Silva. Água e saneamento básico: regimes jurídicos e arcos regulatórios no ordenamento brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary, C. R. Political science and the three new institutionalisms. *Political Studies*, n. 44, p. 936-957, 1996.
- HELLER, Leo et al. A experiência brasileira na organização dos serviços de saneamento básico. In: CASTRO, Esteben José; HELLER, Leo (org.). *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: Fiocruz, 2013. p. 483-502.
- JACOBI, Pedro. *Movimentos sociais e políticas públicas: demandas por saneamento básico e saúde*. São Paulo: Cortez, 1989.
- LAVALLE, Adrián G.; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 67, p. 49-103, 2006.
- LOWI, Theodore J. Distribution, regulation, redistribution: the functions of government. In: RIPLEY, Randall Butler. *Public policies and their politics: an introduction to the techniques of government control*. New York: Norton, 1966. p. 27-40.
- MALDONADO, Daniel E. B. O formalismo jurídico, a educação jurídica e a prática profissional do Direito na América Latina. Tradução: Alexandrina Benjamin Estevão de Farias. *Revista*

da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, v. 36, n. 2, p. 101-134, 2012.

MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na ciência política. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora UNESP: Editora Fiocruz, 2013. p. 23-46.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2ordOd5>. Acesso em: 2 out. 2017.

MOTA, Carolina. O controle social no setor de saneamento básico: principais aspectos da Lei Federal 11.445, de 05 de janeiro de 2007 – Lei de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina (coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PROBST, Marcos Fey. A interação entre poder concedente e a agência reguladora. In: GALVÃO JR., Alceu de Castro et al. (org.). *Regulação do saneamento básico*. Barueri: Manole, 2013. p. 73-94.

RIBEIRO, Wladimir Antonio; COSTA, Silvano Silvério da. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. In: CASTRO, Esteben José; HELLER, Leo (org.). *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: Fiocruz, 2013. p. 467-482.

SARAIVA, Flávio Mesquita. A política de saneamento básico Pós-64: um novo modelo de intervenção do Estado Brasileiro. *Pesquisa e Debate: Revista do Programa de Estudos Pós-graduados em Economia da PUC-SP*, São Paulo, n. 3, p. 59-72, 1987.

SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Conflito de interesses nas empresas estatais: uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017. No prelo. Disponível em: <https://bit.ly/2qMRoUr>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SOUSA, Ana Cristina Augusto de; COSTA, Nilson do Rosário. Ação coletiva e veto em política pública: o caso do saneamento no Brasil (1998-2002). *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 8, p. 3541-3552, 2011.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Planejamento dos serviços de saneamento básico na Lei Federal nº 11.445 de 5 de janeiro de 2007. In: MOTA, Carolina (coord.). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 24-52.

