

SERGIO RUY DAVID POLIMENO VALENTE

**Políticas públicas e a visão jurídico-institucional: o caso do saneamento
básico no Brasil**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Profa. Associada Dra. Maria Paula Dallari Bucci

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

SERGIO RUY DAVID POLIMENO VALENTE

**Políticas públicas e a visão jurídico-institucional: o caso do saneamento
básico no Brasil**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito do Estado, sob orientação da Profa. Associada Dra. Maria Paula Dallari Bucci.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Valente, Sergio Ruy David Polimeno
Políticas públicas e a visão jurídico-institucional: o caso do saneamento básico no Brasil / Sergio Ruy David Polimeno Valente ; orientadora Maria Paula Dallari Bucci -- São Paulo, 2018.
149 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito e Políticas Públicas. 2. Saneamento básico. 3. Neoinstitucionalismo histórico. 4. Institucionalismo jurídico. 5. Direito público. I. Bucci, Maria Paula Dallari, orient. II. Título.

Nome: VALENTE, Sergio Ruy David Polimeno

Título: Políticas públicas e a visão jurídico-institucional: o caso do saneamento básico no Brasil

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito do Estado.

Orientadora: Profa. Associada Dra. Maria Paula Dallari Bucci

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Associada Dra. Maria Paula Dallari Bucci (Orientadora) Instituição: FDUSP

Assinatura: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Maria Paula Dallari Bucci, pelo exemplo de excelência e pela abnegada orientação.

Agradeço a Ighor Rafael de Jorge e Fernanda Rocha de Moraes, pelas discussões e debates sobre Teoria Geral do Estado e Políticas Públicas, travados durante a atividade de monitoria que desempenhamos juntos, fontes valorosas de ideias e entusiasmo.

Agradeço a Rodrigo Pires da Cunha Boldrini, pelas longas conversas sobre a matéria, inspiração para vários rumos e visões da pesquisa.

A Luiz Gustavo Bambini de Assis, pelo incentivo e auxílio de toda ordem.

Aos membros da banca do exame de qualificação, Professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Diogo Rosenthal Coutinho, pelas observações e sugestões valiosas.

À minha mãe, Maria Elvira Polimeno Valente, pelo apoio em todas as horas; ao meu pai, Francisco Valente, pela curiosidade e interesses herdados. Às minhas irmãs, Fernanda Valente Burmeister e Luciana Polimeno Valente, pelo companheirismo.

Agradeço ainda a Osvaldo Alves de Castro Filho, Marcelo Pereira Longo, Caricielli Maisa Longo, Evandro Carlos Garcia, Renato Sano Coelho, Rodrigo de Oliveira e Souza Wenzel, Christian Bickel, Larissa Diniz, Marcos Chucralla Moherdaui Blasi, Marcela Oliveira Santos, Gabriel de Mello Galvão, Ana Luiza Krüger, Mariana Alves Araújo Lopes, Pedro Augusto Costa Gontijo, Érica Nogueira Soares d'Almeida, Rafael Gandara D'Amico, Carlos Eduardo Gomes Callado Moraes, Daniela Correa de Sequeira e Christiano Ernesto Burmeister, cada qual com um lugar próprio na trajetória desafiante desses três anos do curso de mestrado.

À minha mãe.

RESUMO

VALENTE, Sergio Ruy David Polimeno. **Políticas públicas e a visão jurídico-institucional**: o caso do saneamento básico no Brasil. 2018. 149 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Este trabalho objetiva investigar e mapear as características e defeitos do arranjo jurídico-institucional da política nacional de saneamento básico, evidenciando a relação entre a política e o direito. Objetiva, ainda, o desenvolvimento teórico do tema, com o aprimoramento de uma metodologia de análise que possa ser aplicada a qualquer política pública. Considerando o caráter interdisciplinar da matéria, parte-se da base teórica de ciência política, na linha do neoinstitucionalismo histórico, e incorpora-se o ferramental jurídico à análise, com vistas a alargar as possibilidades de aplicação. A identificação de oportunidades de veto juridicamente qualificadas, nos diversos processos que compõem a política de saneamento, indica haver disfunções no arranjo que contribuem para o aumento da assimetria de poder entre atores e o reforço da dependência de trajetória. Esses defeitos têm componentes tanto jurídicos quanto políticos e colaboraram para a manutenção do modelo setorial criado na década de 1970, baseado em companhias estaduais de saneamento. O exame crítico da política sugere que isso se deve a uma série de fatores, entre eles: incertezas sobre a titularidade do serviço, incertezas sobre indenizações ao fim dos contratos, dispensa de licitação para contratação de empresas estatais, sobreposição de papéis, projeções irreais de investimento, ausência de uma estrutura de financiamento que altere a dinâmica de subsídios cruzados e a falta de efetividade de algumas regras, como a obrigatoriedade de edição dos planos municipais. Tais fatores induzem a manutenção do *status quo* de baixa cobertura dos serviços, especialmente coleta e tratamento de esgoto, que ostentam os piores índices.

Palavras-chave: Saneamento Básico. Direito e Políticas Públicas. Neoinstitucionalismo Histórico. Oportunidades de veto. Dependência de trajetória.

ABSTRACT

VALENTE, Sergio Ruy David Polimeno. **Public policies and the legal-institutional view**: the case of basic sanitation in Brazil. 2018. 149 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This paper aims to investigate and map the characteristics and flaws of the legal-institutional arrangement of the national policy on basic sanitation, highlighting the relationship between politics and law. It also aims at the theoretical development of the subject, with the improvement of an analysis method that can be applied to any public policy. Considering the interdisciplinary nature of the subject, there is a political science approach - a historical neo-institutionalism background– aligned with a legal standpoint in order to make a more comprehensive analysis, with the purpose of extending its possibilities of use. The identification of legally qualified veto points in the various processes that comprise the sanitation policy indicates that there are dysfunctions in the way things are organized, which contribute to the increase of power imbalance between actors and the reinforcement of path dependency. These flaws have both legal and political components, and have helped maintain the sector model created in the 1970s, based on state-owned sanitation companies. A thorough examination of the policy suggests that this comes as a result of various factors, including: uncertainties about service ownership, uncertainties about indemnities at the end of contracts, waiver of bidding for state-owned companies, overlapping of roles, unrealistic investment projections, absence of a financing structure that changes the dynamics of cross-subsidies, and the lack of effectiveness of some rules, such as the obligation to edit municipal plans. These factors induce the maintenance of the status quo of low coverage of services, especially the collection and treatment of sewage, which end up with the worst coverage rates.

Keywords: Basic Sanitation. Law and Public Policies. Historical Neo-institutionalism. Veto points. Path dependency.

LISTA DE FIGURAS

Quadro 1 – Interesses	65
Quadro 2 – Atores por função	66

LISTA DE ABREVIATURAS

ABCON	Associação Brasileira das Concessionárias Privadas dos Serviços Públicos
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANA	Agência Nacional de Águas
ARIS	Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento
ARSAE-MG	Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais
ARSESP	Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo
BNH	Banco Nacional de Habitação
CAB Ambiental	Companhia Águas do Brasil
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CASAN	Companhia Catarinense de Águas e Saneamento
CBPO	Companhia Brasileira de Projetos e Obras
COPASA	Companhia de Saneamento de Minas Gerais
DAEE	Departamento de Águas e Energia Elétrica
DNOS	Departamento Nacional de Obras de Saneamento
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FHC	Fernando Henrique Cardoso
FNSA	Frente Nacional pelo Saneamento Ambiental
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
FUSAN	Fundo Nacional de Saneamento
ONU	Organização das Nações Unidas
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PAEG	Programa de Ação Econômica do Governo
PIB	Produto Interno Bruto
PL	Projeto de Lei
PLANASA	Plano Nacional de Saneamento
PLANSAB	Plano Nacional de Saneamento Básico
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PLS	Projeto de Lei do Senado
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PNSB	Plano Nacional de Saneamento Básico
PPPs	Parcerias Público-Privadas
PROTESTE	Associação Brasileira de Defesa do Consumidor
SABESP	Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
SANEAGO	Companhia Saneamento de Goiás
SANEPAR	Companhia de Saneamento Básico do Estado do Paraná
SENEATINS	Companhia Estadual de Saneamento de Tocantins
SINASA	Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico
SISNASA	Sistema Nacional de Saneamento
SNIS	Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 SANEAMENTO BÁSICO COMO OBJETO DE ESTUDO	15
1.1 Relevância, problema e hipótese	15
1.2 Formalismo jurídico e funcionalismo jurídico.....	17
2 A VISÃO JURÍDICO-INSTITUCIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	25
2.1 Oportunidades de veto e os processos de políticas públicas.....	35
2.2 <i>Path Dependency</i> , incrementalismo e mudanças estruturais	41
2.3 Planos institucionais em políticas públicas.....	42
2.4 O papel da dogmática na análise jurídico-institucional	45
2.5 Arranjos jurídico-institucionais e o método do quadro de referência.....	50
3 O SETOR DE SANEAMENTO E SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO	55
3.1 Serviço público e a questão redistributiva	55
3.2 Quadro geral de interesses e atores	60
3.3 Trajetória condicionante do saneamento	66
3.4 O marco normativo do arranjo jurídico-institucional do saneamento.	73
3.5 Demais componentes do arranjo e elementos do quadro de referência	89
4 O SETOR DE SANEAMENTO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO	95
4.1 Processo legislativo: campo natural dos embates	95
4.2 Processo judicial: a rota das questões não resolvidas	106
4.3 Processo governamental: a evidência dos defeitos jurídico-institucionais	117
CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS.....	140

INTRODUÇÃO

A temática de políticas públicas, no âmbito acadêmico, é explorada atualmente sob as mais variadas perspectivas, a depender do campo científico no qual se insere a pesquisa. Uma mesma política pública, concretamente considerada, 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 para o melhor entendimento de uma questão específica sobre o tema são infindáveis e de especial relevância, já que é característica comum a todas as políticas públicas, independentemente do campo de intervenção, a sua estruturação por elementos caros à ciência jurídica, notadamente os textos normativos, dos mais variados níveis, fontes e finalidades. Nesse sentido, uma contribuição importante que os estudos jurídicos em políticas públicas – e, talvez, somente eles – 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, diretrizes e objetivos, bem como os incentivos e desincentivos a comportamentos.

Contudo, para que essa análise possa alcançar resultados concretos de identificar problemas e abrir caminho para abordagens prospectivas de busca e criação de soluções, não pode se limitar pura e simplesmente ao estudo dogmático das normas pertinentes a um determinado campo para sua melhor interpretação, extração de sentido e esclarecimento. As abordagens eminentemente dogmáticas – cujo valor não se despreza, muito pelo contrário – possuem objetivos diversos daquele que aqui se pretende atingir.

Os mais variados ramos didaticamente autônomos do Direito, como o Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Econômico, entre outros, se ocupam de problemas jurídicos diversos, a eles relacionados, os quais, não têm necessariamente como preocupação a efetividade de um determinado arranjo, a explicação das razões pelas quais os efeitos político-jurídicos dos textos normativos se dão desta ou daquela maneira e o porquê de determinada política atingir resultados diversos daqueles socialmente desejados ou planejados. A abordagem de Direito e Políticas Públicas, por outro lado, tem esses elementos como objetos importantes de investigação. A preocupação com o regime de efeitos e com o fenômeno governamental a aproxima das visões tradicionalmente afeitas a outros campos de estudo, em especial a ciência política. Por esse motivo, diversas

categorias de análise dessa área podem ser consideradas úteis à melhor compreensão dos problemas e pontos de partida para o alargamento do objeto estudado.

Contudo, a abordagem de Direito e Políticas Públicas se diferencia cientificamente das demais na medida em que se utiliza de todo o ferramental proporcionado pela dogmática jurídica para compreender os problemas relativos à ação governamental, evidenciando a relação entre política e direito. Nessa linha, o principal referencial e ponto de partida desta dissertação é a obra *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*, de Maria Paula Dallari Bucci¹, que estabelece as linhas teóricas principais e a sistematização da abordagem em Direito e Políticas Públicas, com o intuito de compreender o fenômeno governamental com base em categorias próprias do direito e contribuir para o desenvolvimento de fórmulas de estruturação e organização do Poder Público capazes de melhorar a sua intervenção.

Dito isso, o presente trabalho é uma proposta de aplicação dessa abordagem teórica, com foco na visão jurídico-institucional, para a análise concreta de uma política pública determinada. Para tanto, foi escolhido o setor de saneamento básico, em razão de sua importância socioeconômica, sua relevância para a efetivação de direitos fundamentais como saúde, desenvolvimento e meio ambiente equilibrado, bem como afinidade pessoal e profissional do autor com o tema. Saneamento básico, para os fins deste trabalho, refere-se ao abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, excluindo-se a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos.

A principal característica dessa dissertação é justamente essa investida, qual seja, o tratamento teórico do tema, com seu desenvolvimento, e o desafio de sua aplicação para alcançar resultados práticos, em especial a melhor compreensão das características jurídico-institucionais da política nacional de saneamento básico, seus efeitos e como se apresenta, no setor, a relação entre política e direito, que se afigura como móvel da ação governamental. Parte-se, para tanto, de categorias próprias das análises de políticas públicas em ciência política, utilizando-se adicionalmente do instrumental próprio da dogmática jurídica, qualificando a visão institucional com o elemento jurídico.

O trabalho pode ser dividido em duas partes distintas, uma teórica e outra aplicada. A primeira, formada pelos capítulos 1 e 2, introduz e explica, do ponto de vista teórico, as categorias principais que servirão como pressupostos e ferramentas de análise, procurando, ainda, esclarecer os aspectos metodológicos da dissertação, a delimitação de seu objeto,

¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

expor o problema a ser investigado e a hipótese de pesquisa. Inicialmente, procura-se justificar a escolha da política de saneamento como objeto de estudo, sua relevância econômica e social, e os objetivos específicos do trabalho. Em seguida, discorre-se sobre dois tipos distintos de visões jurídicas, quais sejam, a formalista e a funcionalista, indicando a qual delas pertence o presente estudo e as razões para tanto. Passa-se, então, a abordar em maiores detalhes sobre do que se trata a visão jurídico-institucional e, além disso, qual o papel da dogmática jurídica no caso em tela e sua relação com as demais categorias de análise advindas da ciência política, apontadas como úteis aos objetivos pretendidos.

Ao longo da parte teórica, é dado destaque especial para algumas categorias especialmente significativas, como o conceito de arranjo jurídico-institucional, o quadro de referência em políticas públicas e as noções de oportunidade de veto e dependência de trajetória, as quais terão utilidade recorrente quando da análise aplicada. Procura-se, com isso, situar o leitor sobre os conceitos a serem empregados na análise da política pública em concreto, a fim de facilitar sua compreensão.

A segunda parte do trabalho, formada pelos capítulos 3 e 4, consiste em uma análise aplicada. Em primeiro lugar, trata da trajetória do setor de saneamento no Brasil, não de forma a se pretender uma análise histórica integral, mas evidenciando os pontos mais importantes para o entendimento da situação atual, os fatores de dependência de trajetória influenciadores do cenário contemporâneo e do atual desenho jurídico-institucional. Em seguida, é feita uma leitura extensiva e descritiva do principal marco normativo vigente do setor de saneamento, a Lei 11.445/07, que estabelece as diretrizes nacionais do setor e é a base principal do arranjo jurídico-institucional. É apresentado também um quadro geral de interesses e atores e o quadro de referência, com os componentes adicionais do arranjo jurídico-institucional.

Passa-se, então, a tratar da política de saneamento com base em três dos seus processos juridicamente estruturados. Na análise do processo legislativo, busca-se evidenciar as disputas e as diferentes visões políticas após a promulgação da Constituição de 1988 e como elas influenciaram na tramitação das diversas propostas de normatização do setor e na conformação jurídica do atual marco normativo vigente. Na análise do processo judicial, procura-se relacionar as disputas evidenciadas anteriormente com a dinâmica judicial, destacando como o Judiciário se tornou arena sucessiva ao Legislativo, muito em razão do desfecho insuficiente da formação da política naquela seara. Já no processo governamental, buscou-se analisar criticamente os efeitos político-jurídicos do

arranjo institucional resultado das disputas na ação governamental propriamente dita, com a identificação de defeitos no arranjo institucional e suas manifestações jurídicas, a criarem oportunidades de veto privilegiadas para determinados atores e, conseqüentemente, distorcendo seus objetivos originais.

Ao longo da análise aplicada, são mencionados, a título ilustrativo, alguns casos concretos, como processos judiciais específicos, licitações, experiências de exploração de serviços, etc. A menção a tais casos é realizada sempre de forma tópica, sem a pretensão de expor um quadro completo ou estatisticamente significativo de análise, mas sim com o intuito de evidenciar o apontamento de determinadas relações de causa e consequência relativamente ao arranjo institucional.

Espera-se que, com essa dissertação, seja possível o entendimento de algumas categorias teóricas da linha de pesquisa explorada, bem como a sua efetiva utilização prática para identificação de problemas – ou gargalos – jurídico-institucionais reais do setor de saneamento básico no Brasil. Deseja-se com isso, também, contribuir para o desenvolvimento de um método de análise de políticas públicas aplicável concretamente a quaisquer outros setores objetos de intervenção por meio de políticas públicas.

1 SANEAMENTO BÁSICO COMO OBJETO DE ESTUDO

1.1 Relevância, problema e hipótese

A análise do desenvolvimento do setor de saneamento no Brasil é de grande relevância social e econômica. Há comprovada relação de causalidade entre a falta de saneamento básico e a proliferação de inúmeras doenças, como a hepatite, disenteria amebiana, febre tifoide, diarreias virais e bacterianas, ascaridíase (lombriga), ancilostomíase (amarelão), teníase, esquistossomose e infecções diversas.² Estudos recentes realizados no Brasil determinaram, inclusive, números concretos acerca dessa causalidade, com a apuração da diminuição ou aumento de incidência de doenças relacionadas ao saneamento inadequado considerando o menor ou maior acesso a serviços de saneamento e sua qualidade.³ Dados apontam que, somente no Brasil, de 2001 a 2009, as doenças relacionadas ao saneamento básico inadequado foram responsáveis diretas por 13.449 óbitos anuais, ou 1,31% de todos os óbitos no período⁴.

Sob o ponto de vista econômico, de acordo com relatórios da Organização Mundial da Saúde, o retorno do investimento em saneamento básico globalmente considerado é de 5,50 dólares para cada dólar investido, devido à redução de gastos com saúde, desenvolvimento do setor de infraestrutura e melhoria da produtividade dos trabalhadores, entre outros fatores. Considerando apenas os países da América Latina, o retorno econômico chega a 7,30 dólares⁵.

A questão do saneamento básico é ponto fundamental para a efetivação do direito social à saúde, mas também tem repercussão na efetivação de outros direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente equilibrado, direito ao desenvolvimento e o direito à educação. Nesse particular, indicadores apontam uma diferença de até 30% no

² FREITAS, José Carlos de. Água, Saneamento e Saúde. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Direito, água e vida*, v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. pp. 609-610.

³ AZZONI, Carlos Roberto; SCRIPTORE, Juliana Souza. Impactos do saneamento básico sobre a saúde uma análise espacial. In: 44º ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 2016, Foz do Iguaçu. *Anais do 44º Encontro Nacional de Economia*. Brasília: ANPEC, 2016.

⁴ TEIXEIRA, Júlio César; OLIVEIRA, Guilherme Soares de; VIALI, Amanda de Mello; MUNIZ, Samuel Soares. Estudo do impacto das deficiências de saneamento básico sobre a saúde pública no Brasil no período de 2001 a 2009. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, Rio de Janeiro, v.19, n. 1, p.87-96, 2014.

⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global Costs and benefits of drinking-water supply and sanitation interventions to reach the MDG target and universal coverage*. Genebra: WHO Press 2012. Disponível em: <http://www.who.int/water_sanitation_health/publications/2012/globalcosts.pdf>. Acesso em: 09 maio. 2016.

aproveitamento escolar entre as crianças com e sem acesso a saneamento.⁶ No Brasil, conforme dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS⁷, 83,3% da população possui acesso à água tratada, mas somente 50,3% é atendida com coleta de esgoto e apenas 42,7% do volume de esgoto⁸ passa por algum tipo de tratamento.

A pergunta, ou problema de pesquisa, considerando a política pública escolhida para a análise aplicada, é: por que um setor de tamanha relevância e que possui grau considerável de institucionalização apresenta, até hoje, resultados insatisfatórios? Entre as questões a serem tratadas, questiona-se qual o papel das instituições jurídicas nesse cenário e quais os fatores de influência direta e indireta no quadro atual.

A hipótese investigada, por sua vez, é a de que esse quadro se deve, ao menos em parte, a defeitos no desenho jurídico-institucional da política nacional de saneamento. A dissertação objetiva, utilizando como método uma abordagem de direito e políticas públicas, investigar e mapear esses defeitos. A relação entre política e direito deve ter destaque ao longo do trabalho. Isso porque os mencionados defeitos possuem tanto um componente jurídico (relacionado com o sentido normativo das disposições e suas consequências estritamente jurídicas), quanto um componente político (relacionado com os interesses envolvidos na construção de textos normativos, decisões judiciais, nos atos governamentais e suas consequências sociais).

O mapeamento dessas deficiências visa a identificar esses componentes e suas conexões. É certo que a efetividade do direito não advém da vontade de gestores ou representantes, mas de uma cultura institucional que reforce o tratamento jurídico sistemático das consequências das ações⁹. Porém, o desenho jurídico-institucional de qualquer política pública é sempre de alguma forma condicionado ou influenciado pelas disputas de poder entre os mais diversos atores, como partidos políticos, grupos de interesse, governantes e gestores públicos, entre outros. O grau e forma de intervenção do Estado, o grau e forma de atuação de atores privados e a distribuição de competências entre entes federativos são exemplos de aspectos diretamente decorrentes de escolhas políticas permeadas por embates essenciais. O hiato de quase 20 anos entre a promulgação da Constituição de 1988 e a aprovação de um marco regulatório para o setor - a Lei Federal

⁶ INSTITUTO TRATA BRASIL. *Benefícios econômicos da expansão do saneamento brasileiro*. São Paulo: FGV/IBRE, 2010. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/novo_site/cms/files/trata_fgv.pdf>. Acesso em: 09 maio. 2016.

⁷ Dados de 2015. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2015>>. Acesso em: 31 dez. 2016.

⁸ Porcentagem sobre o volume de água consumida, ou seja, aplicável sobre todo o esgoto produzido, coletado ou não.

⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari, op. cit., p. 258.

11.445/07 – e o consequente atraso na implementação de uma política compatível com a nova ordem político-jurídica do país não se devem à falta de interesse da sociedade sobre o tema. Pelo contrário, evidencia polarizações ideológicas e confrontos entre visões distintas acerca do Estado brasileiro, e também características institucionais do sistema político que permitiram a longa demora no processo decisório.

A menção às disputas e diferenças de visões acerca dos rumos da política pública, refletidas tanto nos arranjos atuais quanto nos elaborados no passado, antes da redemocratização, são de utilidade para a busca de respostas à hipótese proposta. Para isso, é de grande valia a análise de algumas das discussões em torno de projetos de lei e outras fontes normativas relevantes, as polarizações essenciais nos âmbitos do governo e da sociedade, e a forma como foram implementadas as políticas institucionalizadas ao longo dos últimos anos, identificando algumas iniciativas, atores e visões. Esses elementos contribuem para aclarar a real dinâmica do arranjo jurídico-institucional positivado do setor, o sentido de suas disposições e os seus impactos práticos.

O presente trabalho é, portanto, um estudo jurídico sobre políticas públicas, bem como uma análise jurídica aplicada do setor de saneamento básico, somada ao componente institucional mais à frente detalhado. No entanto, a maneira como se dá a abordagem jurídica aqui proposta, em razão do problema e da hipótese de pesquisa definidos, deve transcender um caráter eminentemente formalista, sob pena de não cumprir com os objetivos pretendidos, conforme explanado no próximo tópico.

1.2 Formalismo jurídico e funcionalismo jurídico

A abordagem formalista 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 regular¹⁰.

O presente estudo, no entanto, não é uma abordagem formalista do direito, mas essencialmente funcionalista ou crítica. Isso se deve não a uma opção metodológica ou apreço pessoal por determinadas correntes filosóficas da Teoria do Direito, mas a uma

¹⁰ MALDONADO, Daniel E. B. O formalismo jurídico, a educação jurídica e a prática profissional do Direito na América Latina. Trad. Alexandrina Benjamin Estevão de Farias. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, Goiânia, v. 36, n. 2, p. 101-134, 2012.

necessidade: a análise puramente dogmática, com centralidade na norma jurídica, ou mesmo essencialmente estrutural, que amplie a visão para a ideia de ordenamento, não é suficiente para se atingir resultados práticos em uma abordagem jurídica do estudo de políticas públicas. Isso significa que uma análise em cuja centralidade de objeto estejam somente as normas jurídicas emanadas de determinadas fontes não alcançará os objetivos desejados na proposta de trabalho, quais sejam: evidenciar, no conjunto do arranjo da política pública, os fatores críticos condicionantes ou determinantes de efeitos sociais, políticos e econômicos concretos no que tange ao desenvolvimento de áreas ou setores, bem como, já no aspecto jurídico, da maior ou menor efetivação de direitos sociais os quais sejam diretores ou motivadores da ação governamental. Como ressaltam Marco Tulio de Barros e Castro e Maria Tereza Leopardi Mello¹¹,

[...] uma teoria do direito de cunho positivista não é adequada para analisar políticas públicas. As políticas públicas demandam efetividade – e são instrumentos de efetivação dos direitos sociais –, o que significa dizer que a sua análise deve ser voltada para o impacto efetivo em relação aos destinatários.

Nesse particular, o trabalho se identifica com a visão funcionalista do direito, conforme doutrina desenvolvida por Norberto Bobbio na fase pós-positivista de sua pesquisa acadêmica. O pensamento de Bobbio passa por uma transformação ao longo de sua trajetória, migrando, de início, da inspiração eminentemente positivista de Kelsen, para um desenvolvimento mais centrado na ideia de ordenamento estruturado (em oposição à norma jurídica em si), e culminando em uma visão diversa acerca da função do direito, em resposta à constatação das mudanças e evolução no papel do Estado na sociedade¹². Assim, 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 assim de uma postura passiva em face das relações sociais para uma postura ativa, incentivadora,

¹¹ LEOPARDI, Maria Tereza; BARROS E CASTRO; Marco Tulio de. Uma abordagem jurídica de análise de políticas públicas. *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol.4, n. 2, p. 9-22, 2017.

¹² Conforme prefácio de Mario Losano em BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

provedora de caminhos. Além da imagem do ordenamento protetivo-repressor, forma-se outra, a do ordenamento com função promocional.¹³

Bobbio pontua que, em relação a um sistema normativo, as condutas podem consistir em atos conformes e atos desviantes. Para ilustrar a diferença de acepções do direito e suas funções, o autor analisa como se dão em relação a esses atos, de um lado, a técnica do desencorajamento (própria do ordenamento protetivo-repressivo) e do encorajamento (própria do ordenamento promocional). Na técnica de desencorajamento, em relação aos atos conformes, são tuteladas a possibilidade de fazer e não fazer (no caso de atos permitidos), a possibilidade de fazer (no caso dos atos obrigatórios) e a possibilidade de não fazer (no caso dos atos proibidos). Em relação aos atos desviantes, a técnica de desencorajamento tem como foco a atribuição de consequências àqueles que são desviantes por defeito, mas tolera os que são desviantes por excesso (ou superconformes). Já na técnica do encorajamento, não se objetiva apenas a tutela, mas também a provocação do exercício dos atos conformes. No caso dos atos permitidos, busca-se o equilíbrio entre a possibilidade de fazer e de não fazer; no caso de atos obrigatórios, busca-se torná-los especialmente atraentes; e no caso dos atos proibidos, procura-se torná-los repugnantes. Em relação aos atos desviantes, a técnica do encorajamento torna-se mais tolerante quanto aos atos desviantes por defeito, ao mesmo tempo em que atribui certas consequências àqueles desviantes por excesso.¹⁴

Em resumo, segundo Bobbio, distinguem-se as duas concepções de ordenamento na medida em que, ao protetivo-repressor, interessam os comportamentos socialmente não desejados, objetivando sustar sua prática e, ao promocional, interessam principalmente os comportamentos socialmente desejáveis, objetivando estimular sua realização.

Essa identificação das políticas públicas com a concepção funcionalista do direito pode ser observada na prática, a título de exemplo, em algumas características do Programa Bolsa Família, em especial na dinâmica de condicionantes. Nesse sentido, o cumprimento de condicionantes pelos beneficiários do programa, bem como suas formas de controle, não teriam o condão de cercear o acesso, mas sim reforçar direitos.¹⁵ Nota-se,

¹³ Conforme BOBBIO, Norberto (op. cit., p.13): “A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetivo-repressor. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado Contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional”.

¹⁴ Ibid., pp. 14-15.

¹⁵ COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas sociais brasileiras: Um estudo sobre o programa

num aspecto, que muitas das condicionantes (como a frequência escolar das crianças, por exemplo), já seriam condutas exigíveis em decorrência de normas mais identificáveis com a ideia de proteção e repressão – nesse caso específico, até mesmo tipificação penal, como a de abandono intelectual. Mas a visão funcionalista e encorajadora, por meio de incentivos, busca tornar tal conduta, já prevista como obrigatória, particularmente atraente. Mesmo no que tange às sanções previstas em caso de descumprimento, é interessante notar que não foram concebidas com o objetivo de punir o beneficiário, a não ser em casos excepcionais de seguidos e injustificados descumprimentos¹⁶, o que se pode interpretar como uma maior tolerância a atos desviantes, que não são o foco da abordagem e ficam em segundo plano em relação às condutas que se pretende promover e estimular.

Outro aspecto sob o qual se identifica mais adequada a perspectiva funcionalista do direito para análise de políticas públicas é quanto ao estágio de desenvolvimento da sociedade na qual se insere, ao objetivo específico da política e ao seu papel nesse desenvolvimento. No caso da política de saneamento básico no Brasil, o grande desafio que se apresenta é, sem dúvida, quanto à universalização dos serviços, em especial a coleta e tratamento de esgotos. Sem dúvida, é uma política que visa especificamente ao desenvolvimento do país, notadamente à transformação do *status quo*, e não sua manutenção. Nesse sentido, as medidas de desencorajamento, próprias da noção de ordenamento protetivo-repressor e, portanto, de uma visão formalista do direito, são utilizadas predominantemente com a finalidade de conservação social, enquanto as medidas de encorajamento, próprias do ordenamento promocional, e, portanto, da visão funcionalista do direito, objetivam a mudança e a transformação social¹⁷.

Ao longo dissertação, é objeto de estudo o desenvolvimento do setor de saneamento básico no Brasil, não apenas quanto à construção em si dos textos normativos individualmente considerados, mas no seu conjunto, na forma como interagem as diversas fontes que compõem os arranjos institucionais da política pública com foco nos seus efeitos político-jurídicos. O fio condutor da dissertação é a relação entre política e direito e como ela se apresenta no desenvolvimento do setor e no delineamento do quadro fático atual da prestação dos serviços.

Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G; TRUBEK, David M. (Orgs.). *Direito e Desenvolvimento: Um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.

¹⁶ . Ibid., p. 111.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*, Barueri: Manole, 2007, p. 19.

Dentre as diversas formulações teóricas, uma que terá destaque na metodologia escolhida é do institucionalismo jurídico, considerando que positivação dos elementos de uma política na forma de lei ou outras fontes normativas é parte essencial de sua institucionalização. A abordagem permeada pelo institucionalismo jurídico não considera, necessariamente, essa equivalência entre direito e lei, mas preocupa-se com a institucionalização em si das políticas, independentemente do instrumento normativo e de sua proveniência. Não é relevante para a pesquisa a identificação de direito com lei, mas sim o maior ou menor grau de institucionalização de políticas públicas de saneamento pelos meios normativos diversos, bem como a influência que os demais atores não legislativos travam no processo e como as próprias instituições jurídicas conformam e canalizam os comportamentos por meio de incentivos ou desincentivos.

A premissa formalista segundo a qual o ordenamento é um sistema completo também é questionada. Há um descompasso enorme entre a política pública e os objetivos pretendidos com os dados estatísticos de saneamento, o qual tem seus fundamentos dentro e fora do ordenamento jurídico. Sendo o campo estudado formado em sua maior parte por normas de organização, tendo como destinatários primários majoritariamente agentes e instituições do Estado, a falta de efetividade normativa é uma das questões que se apresenta, e a noção de que o ordenamento poderia por si só oferecer as respostas pretendidas é intuitivamente falha, especialmente quando se verifica a falta de clareza na atribuição de papéis e competências.

O contorno de um sistema sem lacunas, completo e suficiente é, por definição, afastado, sendo que a busca por respostas ao problema pressupõe uma incompletude essencial do sistema. Tome-se como exemplo o debate ainda hoje não inteiramente superado entre os municipalistas (que creem ser o município poder concedente dos serviços de saneamento) e os estadualistas (aqueles que defendem que tal titularidade é do estado), que será melhor tratado em momento oportuno. Uma abordagem jurídica formalista do problema se ocuparia com o enfrentamento do exercício hermenêutico sobre a questão, de modo que, por meio de interpretação e análise dogmática de elementos do direito positivo, se possa determinar qual seria, doutrinariamente, a posição mais adequada. No presente trabalho, a preocupação com a obtenção de um resultado interpretativo para a questão em si tem relevância secundária. Mais importante do que saber qual é a resposta mais adequada é analisar como as instituições tratam efetivamente da questão, como um fato, bem como quais os efeitos político-jurídicos dessa disputa.

O mesmo se aplica à ideia de direito enquanto sistema fechado. O enfoque da questão sob o ponto de vista das políticas públicas pressupõe essencialmente uma visão multidisciplinar e busca, a todo momento, a conexão com outros campos do conhecimento. O estudo das políticas públicas sofreu deslocamentos interdisciplinares importantes e desenvolveu-se especialmente no âmbito de outras áreas do conhecimento, o que se demonstra da síntese das trajetórias dos enfoques sobre as políticas públicas desde os anos 30 até a atualidade.¹⁸ Independentemente da linha de abordagem, o estudo da matéria de políticas públicas, ainda que no âmbito de uma pesquisa jurídica, deve ter em conta toda essa relação multidisciplinar e a trajetória dos estudos sobre o tema sob os mais diversos enfoques.

Da mesma forma, a concepção de direito como sistema coerente não tem utilidade na pesquisa proposta. No caso do saneamento no Brasil, o arcabouço normativo posto não cumpre adequadamente o papel para o qual ele foi criado, sendo que a confrontação entre a coerência sistêmica e a incoerência de resultados permeia toda a análise pretendida e certamente se deve também a fatores externos à estrutura dogmática jurídica. Logo, não é útil para esse fim a abordagem do direito como sistema coerente, com contradições apenas aparentes e resolúveis pela hermenêutica. As características jurídico-institucionais do setor de saneamento desafiam essa noção, como, por exemplo, quando identificamos prazos legais para cumprimento de obrigações que não são observados pelos entes federativos e cuja sanção é de aplicação prática difícil.

O tratamento jurídico do setor de saneamento básico no Brasil só pode ser entendido de forma mais aprofundada se for realizada uma análise conjunta com os momentos históricos brasileiros, com foco especial no confronto entre as normas de organização, vinculadas às políticas públicas e à efetivação de direitos sociais, com as transformações do Estado Brasileiro, suas conjunturas e estruturas fiscais, regimes políticos, entre outras. Ou seja, o estudo dos sistemas de normas que compõem a política de saneamento básico, desconectada de outros elementos, não pode de forma alguma bastar-se para entender o que se passa no setor, sendo que a abordagem formalista jurídica tenderia a trazer resultados equivocados para a conclusão da pesquisa.

Definidos o problema, a hipótese e os objetivos, bem como o tipo de abordagem, é necessário seguir com o aprofundamento da metodologia de análise. No próximo capítulo,

¹⁸ MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na Ciência Política. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. São Paulo: Editora UNESP/Editora Fiocruz, 2013. p. 23-46.

será dado destaque aos elementos da visão jurídico-institucional e às principais noções teóricas que subsidiarão a parte aplicada da dissertação.

2 A VISÃO JURÍDICO-INSTITUCIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O estudo das políticas públicas se desenvolveu primordialmente no seio de campos disciplinares distintos do Direito, em especial a teoria da administração e a ciência política. São considerados como os quatro precursores do estudo específico das políticas públicas Harold Laswell, Charles Lindblom, David Easton e Herbert Simon, todos dedicados à ciência política, sociologia ou economia.¹⁹ Ainda hoje, é possível identificar a maior parte da produção doutrinária no âmbito dessas disciplinas, em especial da ciência política.

No âmbito da ciência política, destaca-se a análise institucional, cuja questão central é a preocupação com a forma como as instituições afetam o comportamento de indivíduos. Denomina-se neoinstitucionalismo a linha teórica desenvolvida, em especial no âmbito da ciência política²⁰, buscando explicar como o papel desempenhado pelas instituições influi na determinação de resultados sociais e políticos.

A despeito de haver várias diretrizes em comum entre suas diversas vertentes, considera-se que há pelo menos três correntes distintas e que se desenvolveram de modo independente: o neoinstitucionalismo da escolha racional, o neoinstitucionalismo histórico e o neoinstitucionalismo sociológico.²¹ Essas abordagens se desenvolveram em contraponto às perspectivas behavioristas que tiveram predominância nas décadas de 50 e 60, e tomaram como inspiração e pontos de partida antigas tradições da economia, ciência política e sociologia, que enfatizavam o estudo das instituições²². Para o neoinstitucionalismo, fatores institucionais podem conformar tanto os objetivos dos atores políticos quanto a distribuição de poder entre eles²³.

O behaviorismo, por sua vez, parte da análise do comportamento das pessoas para explicar um dado da realidade política e social. Seus elementos mais importantes se baseiam no comportamento dos sujeitos e na ideia central de racionalidade, sendo que a decisão (derivada da racionalidade) seria o momento mais importante na produção de uma

¹⁹ SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 67.

²⁰ O neoinstitucionalismo possui vertentes também em outros campos, especialmente a economia. Nesse sentido, cf. FREY, Bruno S. Institutions matter: The comparative analysis of institutions. *European Economic Review*, v. 34, n. 2, p. 443-449, 1990. pp. 444-445.

²¹ HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary, C. R. Political Science and the Three New Institutionalisms. *Political Studies*, n. 44, p. 936-957, 1996, p. 936.

²² STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 2.

²³ Ibid., p. 6.

política pública. Também no bojo do behaviorismo, desenvolveu-se a noção de racionalidade limitada como base para a decisão, afastando a pretensão de otimização, de possibilidade de planejamento de decisão que levasse em conta todas as alternativas e todos os cenários, em função de limitações importantes da cognição humana.

As críticas a essa primeira linha geral de formulação calcada no behaviorismo culminam numa visão mais complexa e conflitiva do processo de criação das políticas, como as que sugerem serem os meios e os fins protagonistas muitas vezes simultâneos no processo decisório.²⁴ A superação da linha behaviorista, ao menos em parte dos campos de estudo, deve-se também à crescente importância que a figura do Estado passou a retomar na ciência política, com a ênfase em novas análises tendo o Estado como peça central, não apenas considerando países totalitários ou de industrialização tardia, mas também as nações desenvolvidas e democráticas do mundo ocidental. O debate sobre como os setores públicos engrandecidos tomaram a centralidade da cena política em todas as democracias capitalistas, e a forma como essas novas sociedades centradas na figura do Estado se colocam em um mundo de incertezas, interdependência e competição, trouxeram uma mudança paradigmática no contexto macroscópico da ciência política, mudança esta que requer a reflexão sobre o papel do Estado em relação às economias e sociedades.

Disso decorrem duas tendências importantes. Em primeiro lugar, a ideia de autonomia do Estado e a capacidade dos Estados enquanto atores de tentativas de realização de objetivos. Em segundo lugar, os impactos do Estado no conteúdo e funcionamento das políticas²⁵. Talvez por essas razões, pode-se afirmar que abordagem neoinstitucionalista oriunda da ciência política possui algum grau de identificação com a pretendida abordagem jurídica de políticas públicas no âmbito da Teoria Geral do Estado.

No Direito do Estado, três premissas importantes devem ser consideradas. A primeira é a preocupação em conhecer as instituições, por meio das quais se pode entender o funcionamento da sociedade. A segunda é a preocupação com o método por meio do qual serão revelados os problemas e elaboradas soluções, de modo que não sejam aplicadas de forma simplista fórmulas importadas ou consagradas em contextos diversos. E a terceira, a constatação de que os estudos em Teoria Geral do Estado não se enquadram no âmbito de matérias estritamente jurídicas, já que trata de muitos aspectos que influem na própria

²⁴ MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na Ciência Política. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. São Paulo: Editora UNESP/Editora Fiocruz, 2013. p. 23-46.

²⁵ SKOCPOL, Theda. Bringing the state back in: Strategies of analysis in current Research. In: EVANS, Peter; RUESCHEMEYER, Dietrich; SKOCPOL, Theda (Orgs.). *Bringing the state back in*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, pp.7-8.

criação do Direito.²⁶ Apesar das diferenças que existem entre as diversas e independentes linhas neoinstitucionalistas, o conceito de instituição pode representar um alargamento em relação ao horizonte puramente normativo do direito²⁷.

A visão institucional, especialmente a que tem por base o neoinstitucionalismo histórico, considerando a interdisciplinaridade intrínseca do tema de políticas públicas, se mostra como uma parte importante do método pelo qual se propõe a análise da política pública de saneamento básico. O que diferencia este estudo de um trabalho localizado puramente no âmbito da ciência política é a consideração específica dos aspectos jurídicos além daqueles tratados no contexto de outros campos de conhecimento, da mesma forma como a Teoria Geral do Estado, pelas mesmas razões, se diferencia da própria ciência política.

Os neoinstitucionalistas em ciência política, especialmente na vertente histórica, definem, de modo geral, instituição como “os procedimentos, formais ou informais, rotinas, normas e convenções imbuídas na estrutura organizacional de uma política ou economia política”. Isso engloba desde as “regras de ordem constitucional ou de procedimentos regulares de funcionamento de uma organização, até mesmo convenções que regem comportamentos de sindicatos e relações entre empresas”²⁸.

Há três características distintivas do neoinstitucionalismo histórico. A primeira é a tendência a conceituar a relação entre instituições e comportamento individual em termos muito gerais. Para isso, são utilizadas duas perspectivas distintas, a perspectiva calculadora e a perspectiva cultural. A perspectiva calculadora leva em conta essencialmente os aspectos instrumentais do comportamento humano orientado a um cálculo estratégico e o comportamento dos indivíduos é orientado pela busca da maximização do rendimento considerando um dado contexto de objetivos ou função. Nesse sentido, as instituições afetam os comportamentos ao regularem as expectativas, especialmente ao conferirem grau considerável de segurança em relação ao comportamento dos outros atores. Já a perspectiva cultural aponta que o comportamento dos indivíduos não é inteiramente estratégico, mas conformado pela visão de mundo própria de cada um, tomando também

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp.13-14.

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 104, p. 20-34, 2009. p. 11. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/5816/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09 set. 2016.

²⁸ No original: “(...) the formal or informal procedures, routines, norms and conventions embedded in the organizational structure of the policy or political economy [encompassing] (...) the rules of a constitutional order or the standard operation procedures of a bureaucracy to the conventions governing trade union behavior or bank-firm relations” (HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary, C. R., op. cit., p. 938). Todas as traduções foram feitas pelo autor para fins exclusivos deste trabalho.

por base protocolos e modelos de conduta já estabelecidos para tomada de decisões, além da pura racionalidade orientada para um objetivo. As instituições, nesse caso, além de fornecerem informações úteis do ponto de vista estratégico a balizar expectativas acerca da conduta de outros atores, são fontes de modelos morais e cognitivos que guiam a interpretação e a ação, e afetam a identidade e a imagem de si²⁹.

A segunda característica distintiva do neoinstitucionalismo histórico é a ênfase dada às assimetrias de poder relacionadas ao funcionamento das instituições, em especial como as instituições são responsáveis por uma repartição desigual do poder entre os diversos grupos sociais, conferindo acesso desproporcional aos processos decisórios.³⁰ Pouco interessa para essa concepção a liberdade dos indivíduos para firmarem acordos ou convenções, mas sim a forma como as instituições dividem as possibilidades de influir sobre uma determinada decisão. Essa constatação acarreta invariavelmente na ideia de que as consequências distributivas relacionadas com determinada situação revelam necessariamente grupos perdedores e ganhadores, e que esse cenário será determinado pelo modo como se apresentam as instituições.

Por fim, a terceira característica é a concepção do desenvolvimento institucional que destaca as trajetórias, as situações críticas e consequências imprevistas. Nesse sentido, defende-se haver uma causalidade social dependente da trajetória percorrida. Rejeita-se enfaticamente a ideia de que as mesmas forças ativas redundam nos mesmos resultados independentemente do contexto local e das propriedades herdadas da experiência histórica. A importância dada à trajetória percorrida traz a preocupação também em demonstrar como as instituições produzem os trajetos, ou seja, como são estruturadas as respostas de uma nação a novos desafios. Logo, as capacidades do Estado e as políticas herdadas do passado acabam por influenciar na estrutura das decisões posteriores ou condicioná-las, trazendo para dentro do processo as consequências imprevistas advindas dessa herança histórica, sejam decorrentes de eventos de fluxo normal ou aquelas relacionadas com situações críticas, como crises econômicas e guerras. As instituições, portanto, não seriam o único fator de influência sobre a vida política, mas parte de uma cadeia causal composta também por fatores como os desenvolvimentos econômicos e a difusão de ideias.³¹

²⁹ Ibid., p. 939.

³⁰ Ibid., p. 940.

³¹ Ibid., pp. 941-942.

Ellen Immergut³² evidencia algumas dessas características do neoinstitucionalismo histórico em estudo comparativo sobre as mudanças nos sistemas de saúde da França, Suécia e Suíça pós-segunda guerra e as características resultantes de cada processo de reforma (*policy-making*), considerando como se estruturavam as instituições de cada país e a forma como estas conformaram e condicionaram a influência de determinados grupos de interesse, em especial a classe médica. Por meio de uma análise institucional detalhada dos três processos, a autora conclui que a influência da classe profissional dos médicos foi menor do que se costumava acreditar, e, mais importante, que o maior ou menor grau de impacto foi causado por oportunidades apresentadas pelos diferentes sistemas políticos, e não por características do mercado ou pela forma de organização dos grupos de interesse. Em especial, destaca as “oportunidades de veto”, que permitem que as decisões políticas sejam tomadas ou abortadas em estágios diferentes do processo de criação da política pública, a depender de características próprias de cada sistema político.

O texto de Immergut é particularmente interessante porque, por meio de uma investigação que considerou elementos histórico-institucionais, pôde refutar outras explicações acadêmicas alternativas para as reconfigurações de políticas de saúde pública nos três países e demonstrar como as instituições, e suas diferenças, tiveram papel determinante na definição de comportamentos de atores e no resultado final dos processos de reforma legislativa em cada arranjo político diverso. A autora escolheu trabalhar com o exame dos programas de seguro de saúde em razão do fato de, no pós-guerra, praticamente todos os países da Europa terem cogitado a criação de seguros nacionais de saúde para garantir compulsoriamente aos cidadãos a cobertura para tratamentos médicos.

Immergut ressalta que tais discussões são sempre permeadas de disputas políticas e influência de grupos de interesses diversos. Entre esses grupos, destaca-se a classe médica, tradicionalmente resistente, pois tende a enxergar os programas de seguro social como uma ameaça à independência profissional. Isso porque quando os governos começam a pagar pelos serviços de saúde, tomam também providências para controlar seus preços e, conseqüentemente, limitar o rendimento dos médicos.

A autora observou que alguns países conseguiram aprovar programas públicos de saúde – apesar de toda resistência da classe médica, de as associações médicas terem o monopólio da prática da medicina em toda a Europa, bem como serem vistas, em todos

³² IMMERGUT, Ellen. The rules of the game: The logic of health policy-making in France, Switzerland and Sweden. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 57-89.

esses países, como grupos muito influentes e poderosos – enquanto outros não o conseguiram. Nesse sentido, os três países escolhidos para exame chegaram a resultados diversos quanto à extensão dos programas de saúde. Na Suíça, o seguro nacional foi rejeitado, e o papel do Estado ficou relegado ao subsídio ao seguro privado. Na França, o governo conseguiu aprovar um programa de seguro público e compulsório e o controle de preços sobre consultas. Na Suécia, por sua vez, a iniciativa do governo foi a mais exitosa, com o estabelecimento de um serviço nacional de saúde que proporciona serviços médicos à população em hospitais públicos e contrata diretamente os médicos para tanto.

A razão para os resultados diferentes das tentativas de reforma se deveu às diferenças institucionais dos processos legislativos nos três países, em especial a maior ou menor presença de oportunidades de veto a serem exercidas pela classe médica. Logo, não foram as preferências dos profissionais da área que moldaram a política (já que igualmente influentes nos três países), mas sim interesses necessariamente canalizados por processos políticos estruturados de modo a terem sensibilidade diferente a essas pressões. Ao tornarem determinados caminhos de ação mais difíceis e ao mesmo tempo facilitando outros, as instituições redefiniram as alternativas e alteraram a ordem de relevância dos diversos atores. As instituições, portanto, estabeleceram um contexto para a ação dos atores políticos³³.

Esse contexto não é determinante do resultado, mas acaba moldando o padrão de comportamento dos atores e influenciando de forma importante no resultado. A essa análise, Immergut chamou de modelo causal de dois passos (*two-step causal model*), que traz a distinção entre os atores políticos e suas estratégias e o quadro estrutural dentro do qual a ação se consuma. Fica clara, portanto, a opção de Immergut pela perspectiva calculadora, segundo a qual as instituições irão criar contextos balizadores do cálculo estratégico acerca das ações a serem tomadas pelos atores políticos.

No caso da análise aplicada ao saneamento básico, as características distintivas mencionadas acima servirão como premissas metodológicas. Em primeiro lugar, tem-se a ideia de que as instituições conformam os comportamentos dos atores políticos, especialmente ao balizarem as expectativas em relação ao comportamento dos demais atores. A política nacional de saneamento básico é estruturada essencialmente por marcos legais que compõem arranjos institucionais, os quais pressupõem uma série de interesses e

³³ IMMERGUT, Ellen. The rules of the game: The logic of health policy-making in France, Switzerland and Sweden. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, pp. 83-85.

hipóteses de ações sociais que ditam comportamentos negativos e positivos e tratam da organização primordial do contexto institucional no qual os diversos atores poderão planejar suas estratégias, com base na expectativa em relação às estratégias dos demais. Assim, atores como usuários do serviço, prestadores públicos e privados, titulares de poder concedente e agentes financiadores fundamentam suas ações tais como consumo, investimento e assunção de riscos com base em incentivos e desincentivos que estejam previstos no arranjo jurídico-institucional da política.

Em segundo lugar, tem-se a noção de que as instituições distribuem o poder de forma desigual, privilegiando determinados atores em detrimento de outros. Ou seja, a depender de como as instituições estejam estruturadas, será conferido maior ou menor poder a certos grupos para influir no resultado dos processos decisórios de uma política. Conforme salienta Celina Souza, essa noção, característica das contribuições neoinstitucionalistas, é importante, já que a luta pelo poder e por recursos é ponto central da formulação de políticas públicas, luta esta “mediada por instituições políticas e econômicas” (e, aqui se acrescenta, jurídicas) “que levam as políticas públicas para certa direção e privilegiam alguns grupos em detrimento de outros”³⁴.

A disputa de poder entre diversos atores e a forma como a política se estruturou para definir sua distribuição é aspecto que pode ser aferido da análise dos processos de mudança institucional ao longo do tempo, com o desenvolvimento incremental das instituições da política de saneamento e a longa fase de embates quando de sua reformulação estrutural nas duas décadas que se seguiram à Constituição de 1988. E mais do que aclarar a forma como foram tratadas as disputas distributivas por meio da institucionalização da política pública, trazendo à luz a configuração da ordem de relevância e grau de influência dos diversos atores, pode-se com isso contribuir com elementos que auxiliem na obtenção de respostas ao problema de pesquisa postulados por este trabalho, em especial evidenciar quais são os fatores jurídicos condicionantes da atual situação fática retratada nas estatísticas mais recentes sobre fornecimento de água, coleta de esgoto e respectivo tratamento.

Em terceiro lugar, como característica distintiva do neoinstitucionalismo histórico a servir de premissa metodológica, a trajetória institucional das situações críticas e contingências (*path dependency*) deverá orientar a análise institucional com a especial

³⁴ SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 83.

finalidade de identificar fatores alheios à pura e simples configuração dos arranjos, que possam influir no comportamento dos atores e nos resultados da política pública. A análise institucional em sentido estrito, que considerasse apenas o desenho atual da política, sem se preocupar com o desenvolvimento institucional na experiência histórica, poderia talvez levar a resultados imprecisos. Antes mesmo da aprovação do novo marco regulatório do saneamento (a Lei 11.445/07), estudos prospectivos já apontavam para a necessidade prática de que o novo marco considerasse as situações de fato consolidadas, em especial aquelas relacionadas com o antigo modelo do PLANASA – Plano Nacional de Saneamento das décadas de 60 e 70, o qual será abordado mais à frente. Nesse sentido, já se pontuava que a elaboração de um novo marco institucional não deveria prescindir de uma análise cuidadosa do impacto sobre as estruturas de prestação de serviços existentes, a fim de que se pudesse determinar de forma clara os custos das diversas alternativas de desenho institucional³⁵.

Em que pese tais considerações terem sido elaboradas antes da aprovação de um novo marco, a preocupação essencial permanece como dado relevante, mesmo considerando um arranjo institucional já reformulado. O arcabouço institucional expresso hoje nas companhias estaduais de saneamento, por exemplo - que em certo sentido destoa conceitualmente de algumas concepções essenciais do novo marco regulatório –, é tido como elemento importante e não desprezável até mesmo para os que defendem o maior protagonismo da iniciativa privada no desenvolvimento do setor e na execução da própria política.³⁶ Como será melhor exposto na parte aplicada deste trabalho, há razões para crer que a herança institucional e os fatores decorrentes do desenvolvimento histórico da política pública de saneamento no Brasil alteram de forma substancial o regime de efeitos jurídico-políticos dos arranjos institucionais, de modo que a análise institucional tradicional dos arranjos estabelecidos após a aprovação do novo marco, sem levar em conta esses aspectos, não seria suficiente para esclarecer os fatores e o peso de cada um deles nos resultados políticos e sociais da ação governamental.

³⁵ COUTINHO, Diogo et al. Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 2, Relatório de Pesquisa n. 10, 2006, p. 26.

³⁶ “A razão para tanto é simples: em diversos casos, as empresas estatais prestadoras dos serviços públicos de saneamento básico têm acumulado um conhecimento de mercado muito relevante que não pode ser desconsiderado. Simplesmente optar por um processo de privatização e transferência integral dos serviços prestados para a iniciativa privada significaria, em alguma medida, abrir mão de quase 4 décadas de experiências acumuladas pelas empresas estatais prestadoras dos serviços de saneamento básico”. SCHIRATO, Vitor Rhein. Parcerias Institucionais no setor de saneamento básico: chance ou ameaça às empresas estatais? In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al (Coord.). *Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.472.

A análise institucional comparativa em ciência política, a exemplo do citado trabalho de Immergut, tem o mérito de, ao comparar empiricamente as consequências práticas e os resultados em governos distintos em relação a temas específicos (como a reforma do sistema de saúde), apontar para uma série de critérios de análise institucional que colabora com o desenvolvimento teórico da matéria, mas também o transcendem. As conclusões dessas análises demonstram ser possível, em ciência política, uma metodologia confiável para explicar resultados diferentes quando da tentativa de implementação de políticas públicas do mesmo jaez.

Já foi dito mais acima que, nos trabalhos que seguem a linha do neoinstitucionalismo histórico, pode-se eleger três premissas metodológicas basilares, quais sejam: o condicionamento institucional, a distribuição desigual de poder e a dependência de trajetória. A essas premissas, soma-se, como critério de análise, a aferição sobre a existência, número e qualidade das oportunidades de veto (*veto points*), cuja análise Elinor Ostrom considera uma ferramenta poderosa:

A análise de oportunidades de veto é uma ferramenta poderosa e está alinhada com o tipo de análise estratégica que emerge da compreensão dos jogos de forma extensiva. Oportunidades de veto são variáveis essenciais em sistemas com freios e contrapesos³⁷.

As conclusões são essencialmente advindas da análise empírica e pós-comparativa de diversos sistemas políticos, em uma reflexão que parte do resultado final como um dado, e busca, inversamente, identificar as variáveis que realmente tiveram impacto, contrariando por vezes o senso comum e apontando para a identificação dos mecanismos abstratos da dinâmica de criação das políticas públicas. Contudo, há pesquisas que fazem justamente o caminho contrário, ou seja, partem do pressuposto de identificação prévia desses mecanismos para elucidar quais os fatores críticos de sucesso ou insucesso de determinada política. Tome-se como exemplo o trabalho desenvolvido nesses moldes objetivando a análise da implementação de modelos internacionais de reforma do setor público em instituições hospitalares africanas³⁸, o qual demonstra como fatores ligados à

³⁷“Veto point analysis is a powerful tool and closely aligned with the type of strategic analysis that emerges from an understanding of games in extensive form. Veto points are essential variables in systems with checks and balances”. Ostrom, Elinor. New horizons in institutional analysis. *American Political Science Review*, v. 89, n. 1, p. 174-178, 1995. pp. 175-176.

³⁸ Conforme TAMBULASI, Richard. Conditionality, Path Dependence and Veto Points: The Politics of Hospital Autonomy Reforms in Malawi. *Journal of Asian and African Studies*, v. 50, n. 2, p. 176-195, 2015. pp. 191-192.

path dependency e aos atores de veto redundaram em implementação inapropriada dos modelos estrangeiros.

A abordagem de um problema concreto como o do saneamento básico sob o enfoque das políticas públicas, inserida num contexto mais amplo da Teoria Geral do Estado, não pode prescindir das contribuições trazidas por áreas de conhecimento como a ciência política, a sociologia e a economia, mas também não dispensará a utilização da ciência jurídica na sua metodologia de análise. De fato, o que se observa é a ausência quase total do elemento jurídico nas contribuições da ciência política para o tema de políticas públicas. A institucionalização de resultados de processos decisórios no âmbito governamental tem por função o estabelecimento de padrões de ação rotineiros e permanentes, e é composta de elementos de natureza jurídica, já que qualquer programa de ação governamental deverá prever normas de conduta ou de organização³⁹, independentemente dos seus destinatários. Por essa razão, vê-se a perspectiva de análise jurídico-dogmática somada à visão institucional como uma oportunidade de ampliação do objeto jurídico da pesquisa, além de trazer contribuições distintas das construções de referência em políticas públicas em outras áreas do conhecimento.

A análise jurídico-institucional da política pública de saneamento básico deve ter como matriz condutora as noções desenvolvidas no âmbito da ciência política, em especial na linha do neoinstitucionalismo histórico, e a dogmática jurídica como ferramenta de análise, considerando os diversos ramos didáticos do Direito incidentes sobre o tema, como o direito administrativo, direito econômico, ambiental, financeiro, entre outros, objetivando não somente uma análise retrospectiva dos arranjos institucionais e seu desenvolvimento, mas também conclusões de ordem prescritiva no sentido de contribuir para futuras elaborações ou modificações da política pública. A definição de política pública como programa resultante de processos juridicamente regulados tem o condão de explicitar a utilidade da análise jurídica em conjunto com os diversos elementos tradicionalmente considerados apenas por outros ramos científicos.

Elementos como o processo legislativo, processo eleitoral, processo de planejamento e o processo governamental tornam-se proveitosos para a análise das políticas públicas sob o enfoque do direito⁴⁰. Do ponto de vista do processo legislativo, das

³⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 104, p. 20-34, 2009. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/5816/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09 set. 2016, p. 12.

⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

forças atuantes quando das discussões acerca de um novo marco regulatório, a polarização entre visões mais e menos liberais do Estado influencia decisivamente nos contornos de qualquer política pública. Assim como o processo eleitoral, do qual restam definidas as gestões governamentais, e podem em tese ser fator institucional relevante para o resultado político e social de um determinado contexto⁴¹. É certo que o grau e forma de institucionalização das ações governamentais decorrentes de diversos fatores pode tornar a definição sobre a política mais ou menos suscetível de influência deste ou daquele governante a ser potencialmente eleito, ou de grupos de interesse, como se verá mais à frente.

2.1 Oportunidades de veto e os processos de políticas públicas

Um dos fatores críticos apontados na literatura neoinstitucionalista histórica como preponderante sobre a elaboração de uma política é a presença de oportunidades de veto (*veto points*) no curso da dinâmica de sua elaboração. Constituem oportunidades de veto, por exemplo, a convocação de um referendo, o veto presidencial, o poder de pauta, e as instâncias de aprovação legislativa em duas câmaras. É frequentemente mencionado na doutrina o termo *atores de veto* (*veto players*), que seriam os atores políticos aptos a exercer ou se aproveitar das oportunidades de veto. A teoria dos atores de veto preconiza que a manutenção de *status quo* de uma política é resultante de uma coalizão governamental ampla, especialmente se, no âmbito da coalizão, seus membros contarem com uma diferenciação ideológica significativa⁴².

O enfoque nos atores denota uma preocupação centrada no comportamento político, muito mais afeita à escolha racional do que à análise institucional histórica. A corrente denominada Escolha Racional, ou Escolha Pública, enxerga as instituições como compostas de problemas de ação coletiva, considerando os indivíduos como protagonistas de interações políticas não cooperativas e inconciliáveis. Parte da premissa de que as instituições são compostas por atores individuais que pautam sua conduta a partir de escolhas pessoais, e que geram efeitos coletivos, e utiliza-se de elementos do campo

⁴¹ Nesse sentido, por exemplo, Ellen Immergut coloca a questão eleitoral também como fator de diferenciação e oportunidade de veto entre os desenhos institucionais dos sistemas políticos de países diferentes. Cf. IMMERGUT, Ellen. The rules of the game: The logic of health policy-making in France, Switzerland and Sweden. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen e LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 57-89.

⁴² TSEBELIS, George. Veto Players and Law Production in Parliamentary Democracies: An Empirical Analysis. *The American Political Science Review*, v. 93, n. 3, p. 591-608, 1999. p. 591.

econômico, como a teoria dos jogos, para explicar o comportamento de atores na arena pública, como se estivessem competindo num mercado⁴³.

Por sua vez, a noção de oportunidades de veto abstrai a figura dos atores que potencialmente podem exercê-las e foca na questão institucional, ou seja, na sua caracterização como resultado de um conjunto de regras do jogo procedimentais previamente postas. Enquanto as teorias que trabalham com a noção de atores de veto lançam luz sobre como as mudanças são inibidas por meio das instituições formais, o neoinstitucionalismo histórico explora os efeitos de um conjunto mais amplo de instituições formais e informais sobre a política (*polity*), as políticas (*policies*) e a reconfiguração institucional⁴⁴.

Um dos fatores de diferenciação entre as conclusões dos teóricos neoinstitucionalistas da escolha racional em relação aos neoinstitucionalistas históricos é o sentido da própria dinâmica das oportunidades de veto. No primeiro caso (escolha racional), parte-se da análise da evolução de uma proposta legislativa que consubstancie uma política pública sob o ponto de vista dos legisladores em primeiro lugar, com alguma influência do behaviorismo, concluindo que o crivo do Poder Executivo é essencialmente a oportunidade de veto mais relevante e um possível freio à uma política⁴⁵. Já no caso dos estudos neoinstitucionalistas históricos de políticas europeias, atribui-se maior ênfase às iniciativas do Poder Executivo, sendo que a política pública percorre caminho inverso para sua aprovação e implementação, com o crivo final do Executivo consistindo em elemento de menor relevância. As verdadeiras e realmente importantes oportunidades de veto se encontram ou no processo de formação de maiorias legislativas, ou quando há um deslocamento da seara decisória para o âmbito eleitoral, como no caso de referendos e plebiscitos.

Em verdade, as oportunidades de veto, quando presentes essas duas possibilidades, a legislativa e a eleitoral, dialogam e se influenciam permanentemente, pois a mera expectativa de uma oportunidade de veto ulterior, ainda que não exercida ou testada, já condiciona os comportamentos dos grupos de interesse e do próprio governo para convergirem a algum resultado específico e relacionável às características institucionais de cada sistema. Por exemplo, o fato de um referendo ser instância recorrente de decisão de

⁴³ FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. Path dependency e os estudos históricos comparados. *BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, n. 53, p. 79-102, 2002. p. 80.

⁴⁴ ZEHAU, Amos J. Veto Players, Path Dependency, and Reform of Public Aid Policy toward Private Schools: Australia, New Zealand, and the United States. *Comparative Politics*, v. 44, n. 3, p. 311-330, 2012. p. 313.

⁴⁵ IMMERGUT, Ellen, op. cit., p. 64.

políticas públicas influencia no modo como as questões são negociadas de antemão no parlamento, e confere uma maior voz aos grandes blocos de poder econômico, que acabam sendo sempre ouvidos e consultados quando da preparação das leis, porque, na hipótese de não terem seus anseios contemplados na esfera legislativa, têm poder suficiente para convocar um referendo e levar a questão para a esfera eleitoral⁴⁶.

A literatura corrente sobre oportunidades de veto costuma apontar para uma relação de causalidade entre o número de partidos políticos e a possibilidade de transformação ou criação de novas políticas. Nesse sentido, a conclusão convencional dessas análises é a de que quanto mais partidos façam parte do governo ou da coalizão de apoio, menores são as chances de que haja qualquer modificação no *status quo*. Cada partido, individualmente, representaria uma instância a mais de oportunidade de veto, e, conseqüentemente, a multiplicidade dessas oportunidades torna o processo de formulação de políticas no Legislativo mais lento e menos produtor⁴⁷.

Entretanto, há estudos que contestam essa dinâmica, ao menos em relação a determinados tipo de mudança, como, por exemplo, aumento ou diminuição dos gastos públicos com programas sociais e seguridade social no geral, ou seja, expansão ou regressão do *welfare state*. Nesse sentido, se introduz também uma classificação dos tipos de oportunidades de veto, as quais nem sempre significariam, em todas as situações, manutenção do *status quo*. As oportunidades de veto, segundo tal linha, devem ser classificadas em oportunidades de veto competitivas e oportunidades de veto coletivas. As oportunidades coletivas são aquelas decorrentes do compartilhamento de responsabilidade, sobre o sucesso ou fracasso de uma política, entre todos os partidos componentes da coalizão, ou seja, quando se forma uma agenda coletiva. Nesses casos, há fortes elementos que contribuem para manter unidos os membros da coalizão, incluindo desde questões como a ideia de um senso de dever moral em relação a um determinado objetivo até a negociação acerca de ocupação de espaços no Executivo, como ministérios, presidências de comissões, entre outros. Os custos políticos da divergência aberta, como a

⁴⁶ Conforme AUBERT, Jean-François. Switzerland. In: BUTLER, David; RANNEY, Austin. *Referendums: A Comparative Study of Practice and Theory*. Washington: The American Enterprise Institute, 1978, p. 48: "A common criticism of the referendum is that it increases the influence of pressure groups and gives them a particularly effective weapon. In a representative democracy pressure groups have only limited means of giving weight to their demands -- financial promises and threats about the next elections. With referendums it is different. The big economic power blocs, which are consulted in the preparation of laws, let it be known that if their wishes are not met they will campaign against the law. The legislators are well aware that if the group has a large number of members, their votes cannot be ignored."

⁴⁷ CREPAZ, Markus M.; MOSER, Ann W. The impact of collective and competitive veto points on public expenditures in the global age. *Comparative Political Studies*, v. 37, n. 3, p. 259-285, 2004. p. 262.

criação de instabilidade ou queda do governo, bem como as vantagens trazidas pelas regras e promessas de negociação, contribuem para um interesse comum na manutenção da coalizão ou grupo, acompanhado muitas vezes de um enfraquecimento nas intenções de exercer controle restritivo sobre os orçamentos uns dos outros. Assim, a responsabilidade compartilhada entre os membros da coalizão e o interesse comum de que um partido individualmente não seja responsabilizado pelo motivo pelo qual o governo caiu ou se desestabilizou, em conjunto com uma dinâmica de troca de favores vantajosa, contribui para uma capacidade mais baixa de restringir gastos públicos⁴⁸.

Já nas oportunidades de veto competitivas, o poder é distribuído por meio de separações institucionais, como o federalismo e o bicameralismo, em que há competição entre atores por meio de instituições diversas. A percepção pública sobre a responsabilidade pelo retardamento de uma proposição legislativa, por exemplo, se dá em relação à instituição em si, e não aos atores⁴⁹.

É importante salientar que a dinâmica relacionada às oportunidades de veto, a despeito das conclusões práticas decorrentes dos estudos empíricos, não é por si só determinante, mas apenas condicionante, das consequências sobre a tentativa de implementação de uma política, podendo ser superadas a depender das características dos próprios atores políticos e outras circunstâncias contextuais que possam sobressair sobre as amarras institucionais. Nesse sentido, por exemplo, estão as conclusões de estudo sobre a reforma do sistema de auxílio público para escolas privadas na Austrália, Nova Zelândia e Estados Unidos⁵⁰.

Além das oportunidades de veto, outra categoria para a análise de políticas públicas é a oportunidade de decisão. Decisões políticas não são atos individualizados realizados em um único momento no tempo. Pelo contrário, são compostas de sequências de decisões tomadas por diferentes atores e diferentes posições institucionais. A aprovação e uma legislação, por exemplo, requer uma sucessão de votos afirmativos e confirmações em todas as oportunidades de decisão⁵¹. A forma como estão institucionalmente dispostas as oportunidades de decisão, outrossim, influencia na maneira como uma política é elaborada ou implementada. A condição normal da política nunca é o consenso. Parte-se do pressuposto de que, num meio permeado de distintas preferências políticas, uma maioria formada em torno de alguma questão pode facilmente ser confrontada pela nova formação

⁴⁸ Ibid., p. 265.

⁴⁹ Ibid., p. 265

⁵⁰ ZEHAVI, Amos J., op. cit.

⁵¹ IMMERGUT, Ellen, op. cit., p. 63.

de outras maiorias. Há mecanismos institucionais, porém, que inibem esse movimento cíclico de preferências, criando entraves às possibilidades ilimitadas de escolha, permitindo assim decisões vinculantes⁵².

A literatura que utiliza de alguma forma o método de identificação de oportunidade de veto costuma focar no processo legislativo de uma política pública, etapa esta compreensivelmente mais afeita aos objetivos da ciência política, campo no qual a maioria dos estudos se desenvolve. Entretanto, a visão de Teoria Geral do Estado, de modo um pouco diverso daquela impressa pela ciência política ou mesmo pela administração e pela sociologia, tem como atrativo a possibilidade de ampliar o escopo dessa análise e adicionar mais instrumentos para sua realização, transcendendo a esfera do processo legislativo *stricto sensu* e ampliando-o para todas as demais esferas processuais sobre as quais se estrutura uma política pública, considerando uma abordagem jurídica em adição à visão essencialmente política. Dessa forma, mostra-se bastante fecunda a possibilidade de análise das diversas oportunidades de veto, pontos de decisão, formação de consensos ou mesmo impactos materiais da *path dependency* em outras esferas, como a administrativa e a judicial.

É interessante ressaltar que, da literatura internacional específica consultada que objetiva análise de casos concretos sob a ótica da identificação de oportunidades de veto, uma iniciativa que teve foco não no Poder Legislativo, mas sim no Judiciário, foi um trabalho que analisou duas políticas públicas brasileiras, uma na área fiscal e outra de reforma agrária, ambas sustadas por decisões do STF. Entre outras assertivas, conclui que mecanismos como a ação direta de inconstitucionalidade consistem em uma forma de acesso privilegiado que acabam capacitando de forma desproporcional determinados atores, os quais, do contrário, não teriam expressão e relevância no processo de produção da política pública, notadamente no Legislativo. O Judiciário, então, apesar da expressiva força e clareza institucional do ordenamento jurídico (na visão do autor), figuraria como uma instância institucional que tenderia a sempre obstar a aplicação clara e universal de políticas aprovadas em esferas distintas. Nesse sentido, alguns poucos e seletos atores com acesso a essa oportunidade de veto garantem a si um atalho poderoso sobre o processo de formação da política, de modo a poder influir derradeiramente tanto após a aprovação no parlamento quanto durante a própria tramitação⁵³. Taylor afirma que:

⁵² Ibid., p. 64.

⁵³ TAYLOR, Matthew M. Veto and Voice in the Courts: Policy Implications of Institutional Design in the Brazilian Judiciary. *Comparative Politics*, v. 38, n. 3, p. 337-355, 2006.

O mecanismo da ação direta de inconstitucionalidade é uma forma privilegiada de acesso dentro do sistema judicial em geral, e seu uso pode capacitar atores políticos específicos que de outra forma poderiam ter pouca voz no processo político. A lógica que está por trás de muitas análises dos tribunais brasileiros tem consequências que se estendem muito além do famoso Brasil idiossincrático. Apesar de sua impressionante força institucional, ilustrada por regras claras, autonomia impressionante e decisões amplamente adotadas por outros ramos do governo, o sistema judiciário federal brasileiro opera em um quadro institucional que tende a adiar decisões de políticas claras, universalmente aplicáveis e vinculativas. O mecanismo da ação direta de inconstitucionalidade para revisão constitucional, no entanto, permite que um grupo seleto de atores políticos específicos conteste políticas de forma expedita e vinculativa diretamente no mais alto tribunal brasileiro, evitando assim os atrasos enfrentados pelos cidadãos comuns. Uma vez lá, eles têm aproximadamente uma chance em cinco de políticas de mudar o rumo da política, embora, como mostra o modelo, alguns atores são mais bem sucedidos do que outros. Em virtude da possibilidade de que esses atores se utilizarem da oportunidade de veto oferecida pela ação direta de inconstitucionalidade, o acesso a essa oportunidade de veto lhes proporciona maior potencial de poder de veto sobre a legislação do que de outra forma teriam. Essa alavancagem pode ser usada nos tribunais ou anteriormente no processo de política por meio de uma ameaça implícita para exercer esse veto.⁵⁴

É fácil, nesse particular, notar semelhança intrínseca entre essa dinâmica da expectativa de oportunidade de veto judicial e sua consequência sobre o próprio empoderamento de grupos de interesse minoritários no Legislativo com a dinâmica descrita em detalhes no estudo de caso realizado por Immergut acerca do processo de reforma da saúde na Suíça, no qual demonstra como o receio por parte dos legisladores da simples possibilidade de que suas deliberações fossem testadas em referendo conferiu maior poder à classe médica e a capacitou a negociar alterações que jamais seriam viáveis ou prováveis em um sistema com menores possibilidades de deslocamento da decisão final para a seara eleitoral, como na França e, especialmente, na Suécia⁵⁵.

⁵⁴ No original: “The direct action of unconstitutionality mechanism is a privileged form of access within the overall judicial system, and its use may capacitate specific policy actors who might otherwise have little voice in the policy process. The logic that lies behind much of analysis of the Brazilian courts has consequences that extend far beyond famously idiosyncratic Brazil. Despite its impressive institutional strength, illustrated by clear rules, impressive autonomy, and decisions that are widely adhered to by other branches of government, the Brazilian federal judiciary operates in an institutional framework that tends to delay clear, universally applicable, and binding policy decisions. The direct action of unconstitutionality mechanism of constitutional review, however, enables a select group of specific policy actors to contest policies in an expedited and binding manner directly in Brazil's high court, thus avoiding the delays faced by ordinary citizens. Once there, they have a roughly one in five chance of derailing policy, although, as the model shows, some actors are more successful than others. By virtue of the possibility that these actors will employ the veto point offered by the direct action of unconstitutionality, access to this veto point provides them with greater potential veto power over legislation than they would otherwise have. This leverage may be used either in the courts or earlier in the policy process through an implicit threat to exercise such a veto.” Ibid., p. 351-352.

⁵⁵ IMMERGUT, Ellen, op. cit., p. 75: “The ability of interest groups to force issues out of executive and parliamentary arenas and into the electoral arena provided groups willing to block the legislation entirely if their demands were not met with a great deal of leverage over health care policy-making. Even at the

2.2 *Path Dependency*, incrementalismo e mudanças estruturais

Estudos na linha neoinstitucionalista histórica enfatizam a importância de mecanismos de *feedback* positivo que induzem à dependência de trajetória. Como exemplo, pode-se citar o mecanismo de *feedback* circular relacionando ao estabelecimento de programas típicos de um estado de bem-estar social (como uma política de seguridade) com seus destinatários elegíveis. Estes, por sua vez, acabam por formar grupos organizados para defender os programas dos quais se beneficiam contra cortes e reformas. Em razão disso, o programa acaba se tornando resistente a mudanças⁵⁶.

No entanto, há estudos que procuram demonstrar como mudanças rápidas ou dramáticas podem ocorrer apesar da dependência de trajetória, com foco específico nas motivações dos *policy-makers*, em especial em contextos em que a perspectiva de perdas com a manutenção do *status quo* ou com mudanças lentas os compele a correr riscos, em comportamento diverso daquele que assumiriam em um contexto normal de formação de políticas⁵⁷. Esse raciocínio parece estar em consonância com ideia de análise incremental, de Lindblom. Ao tratar da política incremental, afirma que uma de suas características é a diminuição da proporção de apostas, o que, conseqüentemente, animaria os perdedores a suportar suas perdas, sem quebrar o sistema político, contribuindo para a manutenção de algum consenso, ainda que vago, em torno de valores básicos, ressaltando, ainda, que não se trata necessariamente de um processo lento.⁵⁸ Se partirmos dessa premissa de Lindblom, porém em uma lógica a *contrario sensu*, pode-se dizer que, quando não se consegue manter baixas as perspectiva de perdas, ou seja, quando a característica do incrementalismo de diminuir as apostas não se sustenta na prática, criam-se incentivos para que os atores pressionem por mudanças estruturais, rápidas e dramáticas, em oposição às incrementais, morosas ou céleres, rompendo assim com a dependência de trajetória. A dependência de trajetória é um fator a se considerar nas análises e também em eventuais proposições, porém não é fator determinante para os rumos de determinada política,

executive and parliamentary stages, politicians were forced to consider carefully the views of interest groups. Because even rather narrow interest groups could rely on the referendum weapon, access to policy-making was opened up to a variety of smaller groups. Expert commissions, rather than counting ten to twenty members as in the Swedish case, often consisted of more than fifty representatives.”

⁵⁶ ZEHAVER, Amos J., op. cit., p. 313.

⁵⁷ Ibid., p. 314.

⁵⁸ LINDBLOM, Charles E. Muddling Through 2: a ubiquidade da decisão incremental. In: HEIDEMANN, Francisco G; SALM, José Francisco. *Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora UnB, 2010, pp. 181-203. p 188.

especialmente se houver adequada avaliação de sua influência e mecanismos jurídicos de concretização.

2.3 Planos institucionais em políticas públicas

Uma contribuição que a Teoria Geral do Estado tem a trazer para a temática já profícua de análise de políticas públicas no campo da ciência política parte justamente da premissa de que todo o ciclo de política pública é estruturado em torno de processos juridicamente disciplinados, sobre os quais, evidentemente, repousa a influência maior ou menor de fatores políticos, mas que também, em maior ou menor grau, são permeados por categorias próprias e por vezes exclusivas do direito.

Além do foco no processo legislativo, as análises institucionais no campo da ciência política costumam se situar ou no plano macroinstitucional ou no mesoinstitucional. No plano macroinstitucional, são objeto de estudo a própria política em sentido amplo (*polity*), sua relação com as políticas (*policies*) e as grandes categorias e instituições políticas, como sistemas de governo, a administração pública, regimes políticos, etc. Em suma, é objeto da análise no plano macroinstitucional é a política e o governo.⁵⁹ Tomam-se como exemplos os trabalhos acerca de efeitos político-jurídicos de Maurice Duverger, os quais consagraram a conhecida Lei de Duverger acerca da relação causal entre as características de sistemas eleitorais e estrutura partidária de um determinado país⁶⁰.

No plano mesoinstitucional, a análise se desloca para um terreno intermediário de categorias e organizações, objetivando a investigação acerca dos conjuntos de elementos, iniciativas e normas que compõem o programa de ação governamental, ou, em acepção mais restrita, os arranjos institucionais - a forma como uma política pública se exterioriza⁶¹. Os trabalhos aplicados que seguem a linha metodológica do neoinstitucionalismo histórico, ainda que considerem os elementos e relações do plano macroinstitucional, costumam se situar com proeminência nessa seara. Isso explica porque a metodologia de identificação dos pontos de veto, por exemplo, pode ser utilizada independentemente do sistema de governo e dos sistemas eleitorais de um determinado

⁵⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 45-49.

⁶⁰ RIKER, William H. The Two-Party System and Duverger's Law: An Essay on the History of Political Science. *The American Political Science Review*, v. 76, n. 4, p. 753-766, 1982.

⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205.

Estado, em contraste com as análises focadas no plano macro, a exemplo da citada Lei de Duverger.

A abordagem jurídica das políticas públicas, que atrai a análise dos campos tradicionais de estudo da ciência política, administração e sociologia para a Teoria Geral do Estado, deve prestigiar ainda o plano microinstitucional, qual seja, a perspectiva da ação governamental⁶². Para tanto, parte da consideração de que a ação governamental resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados. Processo, nesse caso, é tomado em seu sentido amplo, não estritamente jurídico, como uma sequência de etapas institucionais de uma política pública, que vai desde a escolha de um problema para compor a agenda pública até sua efetiva implementação⁶³. A ideia de processos juridicamente regulados faz um paralelo, na visão jurídica, com a noção clássica de ciclo de políticas públicas, composto por fases distintas e não estanques. Inicialmente, há o estágio de definição e agenda, fase em que se decide, no âmbito governamental, a que se deve prestar atenção e a definição do problema. O segundo estágio, uma vez produzida uma agenda de governo, é a formulação e legitimação de objetivos e programas. O terceiro estágio, o da implementação, engloba o planejamento, alocação de recursos, organização, instrumentos de coerção ou incentivo, enquanto o quarto e último estágio consiste na avaliação da política pública⁶⁴.

Os processos juridicamente regulados e concretizadores de uma política pública são: o processo legislativo, que engloba a iniciativa da ação governamental em projetos de lei, medidas provisórias e sua respectiva tramitação; o processo judicial, considerando que o Poder Judiciário é a última instância de resolução de conflitos e divergências sobre qualquer ação governamental; o processo administrativo, pelo qual se organiza a tomada de decisões no âmbito do governo; o processo orçamentário e de planejamento, que orienta o comportamento futuro dos agentes governamentais e também da sociedade; e o processo eleitoral, cujas regras eventos, como as eleições, impactam diretamente a composição e ritmo de implementação das políticas públicas⁶⁵.

Estudos aplicados sobre oportunidades de veto costumam tratar da análise do processo legislativo, conjuntamente a uma abordagem inserida no campo intermediário dos arranjos institucionais, a exemplo do trabalho já mencionado de Ellen Immergut sobre a

⁶² Ibid., p. 40.

⁶³ Ibid., pp. 109-110.

⁶⁴ RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: MC COOL, Daniel. *Public Policy. Theories, Models and Concepts. An Anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 155-173. p. 158.

⁶⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari op. cit., pp. 145-146.

reforma dos sistemas de saúde em países europeus. Mesmo quando se identifica oportunidade de veto em uma seara dita eleitoral, como a facilidade de convocação de referendos na Suíça, isso se dá no contexto do processo legislativo, e não do processo eleitoral em si, no sentido que se pretende dar no momento.

O trabalho sobre oportunidades de veto possibilitadas pelo Poder Judiciário, no âmbito da implementação de políticas públicas, de autoria de Matthew M. Taylor⁶⁶, escapa um pouco dessa tradição e inspira a possibilidade de aplicação desses mesmos critérios em todas as esferas processuais da ação governamental em um trabalho aplicado como o presente. Se, no processo legislativo, a identificação das oportunidades de veto, oportunidades de decisão, produção de consensos e a identificação de *path dependency* levam a resultados práticos importantes no sentido de explicar o sucesso ou insucesso de determinada política, ou a diferença de implementação em contextos diversos, o mesmo procedimento pode ser realizado em relação aos processos administrativo, judicial, orçamentário e eleitoral de uma política pública, com ambição de aumentar o escopo de conhecimento sobre ela.

No caso da política de saneamento básico no Brasil, essa abordagem pode ser especialmente útil. De um lado, ela pode transcender os limites das análises focadas nas *politics*, em que se discutem eminentemente as disputas políticas em torno da formulação de um novo modelo (sejam elas político-partidárias, como no caso do conflito entre os estatistas e os privatistas, ou entre grupos de interesses não partidários, como no caso da dicotomia estadualistas *versus* municipalistas, por exemplo). De outro, pode transcender os estudos dogmáticos jurídicos sobre os instrumentos da política e sua integração no ordenamento, a exemplo da definição jurídica sobre titularidade do poder concedente, entre outras questões.

Assim, o que se propõe, com a tentativa de aplicação dessa metodologia para a análise de todos os processos (no plano microinstitucional), além dos arranjos institucionais em si (no plano mesoinstitucional), é a utilização das ferramentas que a dogmática jurídica oferece para ampliar a análise baseada na identificação de oportunidades de veto em esferas processuais muito mais afeitas ao direito do que as tradicionalmente prestigiadas pela ciência política. No que tange aos objetivos específicos deste trabalho, esse recurso de identificação auxiliará na investigação sobre o porquê de a

⁶⁶ TAYLOR, Matthew M. Veto and Voice in the Courts: Policy Implications of Institutional Design in the Brazilian Judiciary. *Comparative Politics*, v. 38, n. 3, p. 337-355, 2006.

política de saneamento não se realizar de maneira completa, evidenciando o peso tanto do componente jurídico como o político.

2.4 O papel da dogmática na análise jurídico-institucional

A inspiração para aplicação das categorias próprias à análise institucionalista histórica em outras esferas de processualidade das políticas públicas diferentes do processo legislativo, trazida pelo artigo supramencionado de Matthew Taylor, consiste em uma possibilidade de ampliação do campo de análise de políticas públicas para além do que a ciência política, com suas categorias tradicionais, pode contribuir. Trata-se, pois, da identificação precisa de um limite epistemológico da análise neoinstitucionalista histórica pura das políticas públicas, e consequentemente da própria ciência política.

Esse limite pode ser percebido, no âmbito dos trabalhos já citados, de duas formas. A primeira reside no fato de as análises de políticas públicas em ciência política terem foco quase sempre centrado no comportamento dos atores ou nos efeitos institucionais considerando o processo legislativo, ainda que tomado em sentido amplo. Curiosamente, o processo legislativo é o âmbito da ação governamental em que mais se abstrai o componente jurídico, tendo destaque maior o elemento *de lege ferenda* (lei a ser criada) em detrimento do *de lege lata* (de acordo com a lei). A lei não é considerada nem mesmo como um produto final de um processo, mas como a mera forma de um produto final. O produto, para as análises em ciência política, é o resultado material das decisões, dos embates político-ideológicos, das composições de interesses, etc., sendo pouco relevante a maneira e precisão de como aquilo se concretizará em termos de texto normativo.

O único componente jurídico de maior relevância para essa abordagem refere-se às normas sobre o próprio processo legislativo em sentido amplo, que vão desde a estrutura constitucional do Estado, seu funcionamento federativo, forma e sistema de governo até as normas que tratam especificamente do processo legislativo em sentido estrito, como as regras de tramitação de projetos de lei, *quorum* de aprovação, reserva de iniciativas, entre outras. Mesmo assim, a importância desse aspecto jurídico limita-se a identificar quais os caminhos institucionais são criados, incentivados pelas “regras do jogo”. A análise crítica sobre as regras de processo legislativo em sentido amplo em si, porém, não é objeto de preocupação investigativa.

Aliás, a própria ideia de “regra do jogo” já traz em si a abstração, ou prévia superação, do problema essencialmente jurídico de hermenêutica. Ao tomar a ideia de

regra pronta, ignora-se, ainda que propositalmente, a diferenciação entre texto normativo e norma (esta última mais identificada com a noção de regra do jogo). Sobre essa diferenciação, sob uma ótica essencialmente jurídica, o texto normativo é produto do processo legislativo, e a norma um produto do processo hermenêutico que toma como base o texto normativo. O intérprete, então, produz a norma, não no sentido de fabricá-la, mas no sentido de reproduzi-la, dotá-la de sentido conforme um estado de potência involucrada no texto.⁶⁷ Mesmo as concepções tradicionalmente mais identificadas com o positivismo jurídico, como a da Teoria Pura do Direito, concebem a norma como tendo indispensavelmente um elemento volitivo próprio ao intérprete, ou seja, diferenciando texto de norma, e inclusive uma interpretação meramente cognoscitiva, daquela juridicamente qualificada, voluntária⁶⁸.

Nesse particular, considerar a “regra do jogo” como um produto único, uma premissa imutável, ainda que variável de acordo com o objeto de estudo, não se trata propriamente de uma limitação desse tipo de análise alicerçada na ciência política, mas de desnecessidade, uma vez que tais premissas são enxergadas sempre *a posteriori* quando da análise do resultado do próprio “jogo”, confirmando suas regras e bastando identificá-las para a melhor compreensão dos efeitos, sem necessariamente esmiuçá-las.

Como decorrência disso, sobressai uma segunda forma de identificação da limitação do alcance das análises puramente neoinstitucionalistas em oposição à jurídico-institucional. Percebe-se potencialmente prejudicada a tentativa de avanço dessa abordagem sobre algum outro aspecto de processualidade de uma política pública que não o legislativo, em que eventualmente a análise crítica do texto normativo da política e seus produtos (“normas”) se torne necessária para a compreensão verdadeira do objeto.

Essa limitação pode ser observada de forma cristalina no texto de Matthew Taylor já citado. No trabalho, o autor identifica duas ocasiões, no caso a aprovação legislativa de duas políticas, em que o Supremo Tribunal Federal, por meio de ADI, foi provocado por

⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação - aplicação o Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.28.

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 392-394: “A ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação (...) Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda”.

determinados atores políticos que conseguiram exercer, desse modo, oportunidades de veto bastante específicas e privilegiadas para sustar o prosseguimento do produto do processo legislativo. As duas políticas aprovadas no Congresso tratavam, no primeiro caso, de aprovação de um conjunto de medidas que facilitava desapropriações de terras ao mesmo tempo em que trazia tratamento mais rígido às invasões de propriedade e, no segundo caso, da instituição de maior contribuição sobre folha de servidores públicos para financiamento do Estado, ambas barradas pelo Judiciário em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

A despeito da meritosa e bem desempenhada análise de Taylor ao identificar atalhos institucionais privilegiados de grupos de interesse específicos a oportunidades de vetos, não somente criticando o protagonismo do Judiciário, mas atribuindo-o a características institucionais idiossincráticas da realidade brasileira, o trabalho ignora por completo a preocupação com a forma jurídica pela qual as medidas analisadas foram institucionalizadas e, especialmente, a qualidade, precisão e conformidade com o ordenamento do texto normativo aprovado no Legislativo.

Ainda que o texto de Taylor não mencione explicitamente o diploma normativo e o número dos autos, apurou-se, por exemplo, que uma das medidas judicialmente contestadas citadas no texto é a aprovação da Lei 9.783/1999, a qual instituía contribuições previdenciárias progressivas sobre os proventos e aposentadorias de servidores públicos, que poderiam chegar a 25%. Da análise do acórdão que julgou o pedido de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010⁶⁹, observam-se pelo menos dois argumentos jurídicos importantes, quais sejam, o de que alíquotas progressivas não poderiam ser instituídas em contribuições sem previsão constitucional e, ainda, a questão a vedação ao confisco, princípio constitucional de direito tributário. O trabalho não entra no mérito dos argumentos jurídicos para a concessão da medida, de modo que não se deduz, no texto, se a sustação da lei foi juridicamente correta ou não. Dessa forma, metodologicamente, perde-se a chance de apontar onde exatamente reside o problema, se no excesso de ativismo do Judiciário, no acesso privilegiado a oportunidades de veto ou na qualidade do processo legislativo.

Por conseguinte, a falta de uma análise jurídica dos textos normativos impede concluir se a proeminência do Judiciário e o acesso privilegiado às oportunidades de veto são efetivamente um problema ou se, nesses casos, foram elementos remediadores,

⁶⁹ STF - ADI-MC: 2010 DF, Relator: CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 30/09/1999. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 12-04-2002 PP-00051 (EMENT VOL-02064-01 PP-00086).

corretores de condutas em desconformidade com a ordem jurídica e, portanto, potencialmente promotoras de insegurança e instabilidade social, confirmando a atuação do Judiciário não como ativismo, mas como protagonismo garantidor de direitos⁷⁰.

A ausência de um aprofundamento das questões jurídicas acerca dos textos normativos e sua conformidade sistêmica em complemento à visão neoinstitucionalista do cientista político fez com que não se pudesse, como conclusão, determinar o grau de desconformidade do protagonismo do Judiciário brasileiro, sua conveniência ou inconveniência. Tomou-se a ideia do controle concentrado de constitucionalidade como um processo equiparável ao legislativo, dando ênfase somente ao aspecto político das decisões da corte superior (o que se identifica com o pensamento *de lege ferenda*), desprezando completamente o aspecto jurídico, *de lege lata*. Essa limitação não impede o trabalho de chegar a conclusões muito interessantes sobre a dinâmica de acesso a determinadas oportunidades de veto, bem como o peso de fatores institucionais na forma como políticas públicas são controladas pelo Judiciário brasileiro, conclusões estas que serão, inclusive, utilizadas para a própria análise de aspectos da política de saneamento básico brasileira. Porém, deixa de aclarar quais as parcelas de responsabilidade de outros atores, bem como de outras instituições alheias às regras judiciárias, no completo insucesso no processo de elaboração das políticas públicas mencionadas.

A análise jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas congrega, por sua vez, a bagagem metodológica oriunda da ciência política com um ferramental de análise jurídica próprio do estudo dogmático, possibilitando estender o alcance dos estudos sobre uma determinada política.

Uma primeira característica dessa abordagem é a valorização da perspectiva do Poder Executivo, a utilização de um instrumental que se amolda à perspectiva de governo, tomando as políticas públicas, conceitualmente, como programas de ação governamental juridicamente definidos. No Brasil, o Poder Executivo é responsável pela direção política do governo e, especialmente, pela gestão da máquina administrativa que move a execução de políticas públicas, assim como detentor de informações necessárias à adequada compreensão da sua existência, conformação e adequação, e detentor do poder normativo regulamentar, muitas vezes subestimado em análises jurídico-dogmáticas⁷¹. Um segundo

⁷⁰ BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *Garantia de Direitos e Separação dos Poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 257.

⁷¹ 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;

aspecto dessa abordagem é a preocupação com a escala dos programas de ação governamental, conforme práticas metodológicas caras à ciência política e à economia, examinando-se também o aspecto quantitativo, como comparações temporais e geográficas. Já o terceiro elemento valorizado pela abordagem é a possibilidade prospectiva de análise, ou seja, a capacidade analítica a 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 efetividade⁷².

Nota-se que, desses três elementos característicos da análise jurídico-institucional – ou abordagem de direito e políticas públicas –, o segundo mencionado, qual seja, a preocupação com a escala das ações governamentais, identifica-se bastante com a metodologia dos estudos de políticas públicas realizados nas áreas não jurídicas, ou seja, nesse particular, tal preocupação não avança além do que os estudos de ciência política já permitem esquadrihar. No entanto, constitui significativa distinção em relação aos estudos jurídico-dogmáticos.

A visão prospectiva da análise jurídico-institucional, por sua vez, consiste em um alargamento das possibilidades em relação aos estudos não jurídicos, uma vez que o conhecimento sobre o instrumental dogmático, bem como a análise das formas jurídicas de institucionalização de políticas, permitem, em conjugação com a investigação sobre o comportamento dos atores e os estímulos institucionais influenciadores, o exercício de criatividade sobre modificações concretas nos arranjos, ou propositura de novas fórmulas práticas de estruturação ou reestruturação de uma política pública.

Já a preocupação com a perspectiva do Poder Executivo traz, ao mesmo tempo, um alargamento de ambos os objetos de estudo, tanto da dogmática jurídica quanto da ciência política. No primeiro caso, em razão de o enfoque principal das análises puramente jurídicas ser o de textos normativos provenientes do Legislativo, com frequente pouca atenção aos diplomas infralegais ou à conduta de agentes, influenciadas ou não por instituições, na fase de execução das políticas. No segundo caso, significa um deslocamento importante da seara comum da análise focada no processo de produção legislativa e no inter-relacionamento das forças políticas da sociedade mediadas pelo Poder Legislativo.

DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 35.

⁷² Ibid., pp. 37-38.

2.5 Arranjos jurídico-institucionais e o método do quadro de referência

Assim como as análises institucionais têm por base os arranjos institucionais, a análise jurídico-institucional de políticas públicas procura estender o método, incorporando o elemento jurídico à ideia de arranjo, partindo do pressuposto de que grande parte das instituições formadoras das políticas públicas é desenhada por meio de uma combinação de diversos tipos de fontes e textos normativos.

Rousseau é apontado como precursor da abordagem institucional, na medida em que reconhecia que determinadas tendências dos indivíduos a comportamentos que induzissem à desigualdade não eram naturais (contrastando, nesse ponto, com Locke), mas produto da sociedade, suas normas e instituições. As leis, assim, moldam as escolhas e institucionalizam o poder e o privilégio.⁷³ Do ponto de vista das ações do Estado, para Rousseau, a lei, alicerçada na ideia de contrato social, possui o potencial de resgatar um estado de liberdades naturais sob a ideia de liberdades civis. Daí desdobra-se uma dupla limitação do Estado: o soberano, na função legislativa, está limitado à vontade geral para a produção das leis, essa tomada como uma soma das diferenças; e o Executivo, ou governo, limitado à execução da lei, como um corpo intermediário entre o soberano e o povo⁷⁴.

Contemporâneo a Rousseau, Montesquieu dá ênfase especial ao papel da lei na conformação do Estado. Para ele, as leis devem tomar o lugar das virtudes na direção da sociedade, e o Estado passa a ser independente dos desígnios de quem ocupa o posto de governante. Bem balizado por leis, e ao lado do elemento honra como mote, o governo faria de todos os súditos bons cidadãos, embora não necessariamente homens de bem⁷⁵.

A noção de arranjo jurídico-institucional pressupõe a institucionalização pela positivação do direito como guia para a ação social e, também, a ação estatal. Porém, não se limita a isso, pois não se confunde com a lei. A palavra “arranjo” denota o necessário elemento articulador ou de cooperação entre as diversas instituições jurídicas. A noção de arranjo jurídico-institucional, especialmente para o estudo de políticas públicas, como programas de ação governamental, pressupõe ainda uma estrutura burocrática da administração, na concepção weberiana, característica das sociedades modernas, nas quais

⁷³ IMMERGUT, Ellen. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas Públicas*. Coletânea, vol. 1. Brasília: ENAP, 2006, p. 160.

⁷⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁷⁵ MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat, Baron de la. *O espírito das Leis*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 36.

o funcionário não tem a função de impulsionar o Estado ou exercer funções propriamente políticas, mas de aplicar regulamentos de acordo com precedentes⁷⁶.

Douglass North e Lance Davis, em trabalho sobre inovação institucional, trazem pela primeira vez os conceitos de *ambiente institucional* e *arranjo institucional*. Definem ambiente institucional como um conjunto regras políticas, sociais e jurídicas básicas que regem a atividade econômica e política, e cita como exemplo as regras eleitorais, as que disciplinam a propriedade e os contratos. Os arranjos institucionais, por sua vez, seriam “arranjos entre unidades econômicas que governam a forma como essas unidades cooperam ou competem”. Podem ser formais ou informais e relacionados ou não a uma organização⁷⁷.

No presente trabalho, a ênfase é ora nos aspectos mais atinentes ao ambiente institucional, ora naqueles relativos aos arranjos institucionais. Isso porque, quando se inclui o elemento jurídico na ideia de arranjo, este se aproxima um pouco mais da ideia de ambiente. O arranjo jurídico institucional é nada mais que a face normativa do arranjo institucional de uma política pública. Dessa face normativa, considerando a estrutura piramidal referência da tradição positivista, com a Constituição como fundamento de validade não transcendental para todas as demais normas jurídicas, infere-se que, mesmo no mais simples e informal arranjo de política pública, incorporam-se, indiretamente, todas as demais normas que conferem validade para as de caráter infralegal ou competência para realização de atos administrativos. Isso significa que cada arranjo jurídico institucional de política pública contém, em última análise, todas as regras jurídicas pertinentes e hierarquicamente superiores que compõem a estrutura normativa autorizadora daquela política ou disciplinadoras das relações que ela promove.

Nesse sentido, no que concerne ao setor de saneamento básico no Brasil, certamente pode-se identificar um ambiente institucional relevante, formado pelas regras de competência constitucional dos entes federativos e das diretrizes sobre a intervenção do Estado na economia, bem como arranjos institucionais propriamente ditos, no sentido das formas jurídicas organizadas de interação dos diversos atores para cooperação ou competição. Em alguns casos, porém, as noções de arranjo e ambiente se aproximam, como ocorre, por exemplo, com as disposições da Lei 11.445/07, que ora complementam

⁷⁶ ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*, 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 501.

⁷⁷ 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, p.133. “An Institutional Arrangement as an arrangement between economic units that govern the ways in which these units can cooperate or compete”.

as regras jurídicas componentes desse ambiente institucional de ordem macro, ora dispõem especificamente sobre a forma de organização dos atores e sobre a cooperação e competição, o que será analisado posteriormente.

As políticas públicas não são entes ou corpos, materializando-se, na realidade, em uma trama de normas, decisões e medidas, envolvendo competências públicas e interesses individuais e coletivos, em torno de um objetivo comum.⁷⁸ Essa trama jurídica, de caráter sistemático, pressupõe a existência de um ambiente institucional contendo regras gerais de funcionamento do Estado e da Sociedade, e, por sua vez, de modo muito mais orientado, distribui atribuições, obrigações e direitos subjetivos a sujeitos diversos, conforme as escolhas políticas motivadoras da agenda. Muito mais do que orientar a combinação de unidades econômicas em torno de cooperação ou competição, como na definição original de Davis e North, o arranjo institucional, em políticas públicas, é o meio pelo qual são canalizadas parte das tensões sociais, normalmente presentes nas disputas legislativas sobre o texto da lei, para o campo da ação governamental, o que expande o cenário de formação do direito.⁷⁹ Os arranjos jurídico-institucionais documentam, formalmente, segundo categorias jurídicas, as escolhas políticas e decisões do gestor ou executor da política pública.⁸⁰ No caso específico do objeto desse trabalho, a título de exemplo, podem compor um arranjo institucional tanto as disposições do Marco Legal do Saneamento, a Lei 11.445/07, mas também planos de saneamento instituídos pelos Executivos municipais, contratos de concessão firmados entre titulares e operadores, diretrizes de regulação de caráter infralegal, atos administrativos diversos, entre outros.

Assim, o arranjo institucional pode ser mais adequadamente definido para os fins pretendidos como o *“agregado de disposições, medidas e iniciativas em torno da ação governamental, em sua expressão exterior, com um sentido sistemático”*.⁸¹ O arranjo institucional de uma política deve conter um marco geral de ação (norma instituidora da política), com um quadro geral de organização do Poder Público, das autoridades competentes, decisões para a concretização e o embasamento geral das condutas dos agentes envolvidos⁸².

⁷⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 235.

⁷⁹ Ibid., p. 234

⁸⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R.; Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEN, Pedro Salomon B. (Orgs.). *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017, p. 318.

⁸¹ BUCCI, Maria Paula, op. cit., 237.

⁸² Ibid., p. 238.

A razão de escolha da categoria arranjo institucional, qualificado pela acepção “jurídico”, se faz pela possibilidade de análise de seus componentes visando à indicação de uma maior ou menor aptidão para resultados, levando em conta uma série de variáveis. Essa análise permite considerar tanto a dimensão objetiva (organização do conjunto), quando a subjetiva (posição dos indivíduos e grupos envolvidos).⁸³ A ênfase na análise de arranjos jurídico-institucionais permite também a aplicação de metodologias de aferição da qualidade do texto normativo, que se relaciona, também, a eventuais disfunções nos efeitos desejados. Na visão jurídico-institucional, o aparato jurídico se mostra como uma tecnologia de construção institucional, a qual, não raramente, é falha, e pode consistir em gargalo importante a obstar a efetividade e a potencialidade democrática da política pública.⁸⁴ No mais, as dimensões técnico-administrativa e política inerentes à ideia arranjo institucional e sua análise⁸⁵ alinham-se com o fio condutor deste trabalho, que é a relação entre direito e política.

Já foi salientado que há três premissas importantes, oriundas das contribuições das análises em ciência política, que embasam a visão neoinstitucionalista histórica das políticas públicas. A primeira é a constatação de que as instituições conformam os comportamentos dos atores políticos ao balizarem as expectativas em relação ao comportamento dos demais. A segunda trata-se da assimetria de poder, ou seja, o fato de as instituições distribuírem o poder de forma desigual, privilegiando determinados atores em detrimento de outros. A terceira refere-se à importância condicionante da trajetória institucional (*path dependency*). Somando-se às premissas, tem-se como elemento metodológico de análise a identificação de oportunidades de veto e pontos de decisão, e a interpretação de suas dinâmicas dentro do processo de formação da política.

A análise jurídico-institucional aqui pretendida também tem o objetivo de demonstrar, com base nos elementos jurídicos e políticos, como se materializam as três premissas mencionadas no regime de efeitos, ou seja, como a conformação de comportamentos, a assimetria de poder e a dependência de trajetória se expressam juridicamente no desenho da política nacional de saneamento. Para isso, busca-se a identificação nos arranjos, mas também nos processos estruturados que permeiam todo o

⁸³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 238.

⁸⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R., op. cit., p. 324.

⁸⁵ SCHAPIRO, Mario Gomes. Ativismo Estatal e Industrialismo Defensivo: Instrumentos e Capacidades na Política Industrial Brasileira. In: GOMIDE, Alexandre; PIRES, Roberto (Orgs.). *Capacidades Estatais e Democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Vol. 1. Brasília: Ipea, 2014. p.244.

ciclo de formação da política pública e de oportunidades de veto relevantes, juridicamente qualificadas.

Como ferramenta didática útil à melhor compreensão do objeto da análise aplicada, haverá o recurso ao método do quadro de referência em políticas públicas proposto por Maria Paula Dallari Bucci⁸⁶, o qual objetiva apontar os elementos de organização de uma política a partir da base jurídica, ressaltando sua ligação com aspectos políticos, econômicos e de gestão. São elementos do quadro de referência o nome oficial da política, as gestões governamentais nas quais foi implementada, sua base normativa, seu desenho jurídico-institucional, agentes governamentais e não governamentais, mecanismos jurídicos de articulação, escala e público-alvo, dimensão econômico-financeira, estratégia de implantação, funcionamento efetivo e aspectos críticos do desenho jurídico-institucional. Ao longo desse trabalho, serão discutidos esses elementos, ainda que não necessariamente de forma exaustiva, explícita e em uma sequência linear.

Dessa forma, a visão jurídico-institucional, utilizando-se de categorias da ciência política, mas sem perder de vista o objeto jurídico, traz a possibilidade de discussão crítica “interna” da política pública, em oposição às interpelações “externas” comuns aos estudos dogmáticos⁸⁷, o que se passa a fazer nos capítulos seguintes em face do setor de saneamento básico no Brasil.

⁸⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública. Primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina (Orgs.). *O Direito na Fronteira das Políticas Públicas*. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015. pp. 7-11.

⁸⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R. op. cit., p. 324.

3 O SETOR DE SANEAMENTO E SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO

3.1 Serviço público e a questão redistributiva

A noção de serviço público propriamente dita tem origem a partir do emblemático caso Blanco. O contexto tratava de uma ação de indenização proposta pelo pai de Agnès Blanco em razão de ferimentos sofridos por conta de acidente envolvendo veículo da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo na França. Suscitado conflito de competência entre a jurisdição civil e administrativa, o Tribunal de Conflitos, em decisão datada de 1873, considerou que, pelo fato de os danos terem sido causados no decorrer de uma atividade de serviço público, a responsabilidade por prejuízos deveria ser regida por princípios diversos das relações entre particulares normalmente disciplinadas por regras do Código Civil. O caso Blanco foi crucial para o estabelecimento de um critério de diferenciação entre atos de autoridade e atos de gestão, qual seja, o critério do serviço público⁸⁸.

León Duguit, posteriormente, teorizou sobre o assunto, reafirmando que onde existisse a prestação de serviço público haveria a jurisdição administrativa, e quando o serviço público estivesse ausente, não. Para ele, serviço público é um conceito absolutamente amplo⁸⁹, ou seja, engloba praticamente tudo que fosse prestação própria do Estado, toda aquela atividade que, se não for exercida pelo Estado, compromete a existência da coesão social. Para ele, a atividade só poderia ser prestada com reserva estatal, por conta da condição essencial. A condição de serviço público não envolvia uma escolha estatal, mas sim uma essência que já estava dentro da própria atividade.⁹⁰ Gaston Jèze propõe então uma evolução no conceito de serviço público e adiciona um outro elemento. Ao mesmo tempo em que não nega que a noção de serviço público é o que demarca o campo do direito administrativo, propõe que o elemento definidor do serviço público não é um juízo sociológico, mas um juízo político-jurídico.⁹¹ Assim, não seria a essencialidade social o que o define, mas a intenção dos governantes, a escolha política. Jèze, apesar de colocar o legislativo como responsável por essa escolha, atribui ao poder soberano a definição das fronteiras de atuação do Estado.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 100.

⁸⁹ Ibid., p. 101: “A chamada Escola do Serviço Público, liderada por Leon Duguit e integrada também por Gaston Jèze, Roger Bonnard, Louis Rolland, dentre outros, formulou as primeiras noções de serviço público, algumas delas tão amplas que abrangiam todas as atividades do Estado”.

⁹⁰ DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie, 1923, p. 55.

⁹¹ JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Tome II, 3e. Ed. Paris: Lib. Marcel GIRARD, 1930. p. 7.

No Brasil, o desenvolvimento conceitual em torno da noção de serviço público passa a ganhar relevância acentuada a partir da década de 1930. A Constituição de 1934, por exemplo, previu pela primeira vez que competia à União, privativamente,

[...] explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado.⁹²

Tal disposição estava em oposição ao tratamento bem menos específico da antiga constituição de 1891⁹³, que previa somente sobre a competência para legislar sobre linhas férreas e serviço de telégrafos, bem como a possibilidade de os Estados possuírem sua própria estrutura telegráfica que não concorresse com a da União. O direito administrativo brasileiro passou, nesse momento, por uma transição. Antes marcado por atividades particulares com regulamentação do Poder Público, muito semelhante à noção concebida no âmbito liberal nos Estados Unidos, migrou para a ideia de atividade pública, pertencente ao Estado, de caráter mais funcional⁹⁴. Ainda a partir dessa época, boa parte dos doutrinadores brasileiros assumiu a corrente de que serviço público é aquilo que a lei diz que é, ou seja, uma definição formal, caracterizada pela incidência de um regime jurídico especial, sob a influência da doutrina de Gaston Jèze.

É atribuída a Themistocles Brandão Cavalcanti a consolidação do entendimento sobre os serviços públicos como atividade do Estado⁹⁵, mas principalmente sua caracterização pela incidência de um regime jurídico especial.⁹⁶ Essa linha de pensamento foi a que acabou influenciando boa parte dos doutrinadores brasileiros, que adotaram conceitos restritivos de serviço público, em que o elemento formal acaba por ter preponderância.⁹⁷ Já Eros Grau se firmou como defensor da ideia “essencialista” preconizada na doutrina de Duguit, fazendo ainda uma distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito ao analisar a Constituição Federal de 1988 sob o

⁹² Artigo 5º da Constituição de 1934.

⁹³ Artigos 13 e 34 da Constituição de 1891.

⁹⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2001, p. 20.

⁹⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o Conceito de Serviço Público e suas Configurações na Atualidade. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 46, p. 63-77, 2014. p. 66.

⁹⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein, op. cit., p. 21.

⁹⁷ Nesse sentido, os conceitos defendidos por Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho, entre outros.

prisma do direito econômico.⁹⁸ Por esse entendimento, por exemplo, infere-se que artigo 173 da Constituição só seria aplicado à atividade econômica em sentido estrito, e não ao serviço público. A distinção proposta por Grau em época recente à promulgação da Constituição, portanto, apresenta utilidade para a interpretação do texto constitucional, já que representa uma divisão ou classificação dos artigos do texto considerando a diferenciação entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público propriamente dito. Sobre a conceituação de serviço público, Eros Grau tece críticas contundentes às concepções de Cavalcanti e dos demais doutrinadores brasileiros influenciados por Jèze, afirmando serem tautológicas⁹⁹.

Ao longo do século passado, houve oscilações acerca da noção de serviço público e sua forma de prestação. Na década de 1920 e seguintes, observou-se uma relativização dessa ideia de serviço público como atividade puramente estatal, em razão do surgimento de situações como gestão privada dos serviços, incidência de normas de direito privado, e a própria Administração exercendo atividades econômicas em sentido estrito. Esse deslocamento é comumente referenciado por “crise da noção de direito público”. Na década de 1950 e seguintes, um relevante movimento pró-estatização levou o Estado à reabsorção de vários serviços anteriormente executados pela iniciativa privada¹⁰⁰.

A partir da década de 1980, observaram-se mais transformações no entendimento sobre o tema serviço público, muito influenciadas pela ascensão de linhas políticas neoliberais, mas também por transformações de cunho social, econômico, político e tecnológico.¹⁰¹ Novos fatores econômicos trouxeram a realidade de exaurimento de capacidade de o Estado se financiar da mesma forma que antes.¹⁰² Diante desse contexto, houve um movimento político-econômico que propugnava a retirada do Estado de várias

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108.

⁹⁹ Ibid., p. 117: “É inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público. Ao afirmar-se tal – que serviço público é atividade desempenhada sob esse regime – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público”.

¹⁰⁰ MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sergio Sérulo da (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 529.

¹⁰¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o Conceito de Serviço Público e suas Configurações na Atualidade. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 46, pp. 63-77, 2014, pp. 67-68. Marques Neto chama esse período de “segunda crise dos serviços públicos”.

¹⁰² CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1991. pp. 22-23.

atividades, em razão de suposta insuficiência de capacidade de provê-las.¹⁰³ A consequência disso foi a liberalização dos serviços públicos, ou seja, a mudança na área jurídica que, setor a setor, admitiu a abertura para outros operadores e prestadores em regime privado. Daí também a introdução, em muitos contextos de serviço público, de uma separação dos agentes estatais em prestação e regulação, que passou a ser elemento fundamental para assegurar o interesse público em determinadas atividades¹⁰⁴.

A despeito das críticas à noção formal de serviço público pelos adeptos da tese essencialista, não se pode admitir como correta a ideia de que é o caráter essencial da atividade que a define como serviço público. Objetivando proteger a determinação concreta do que é ou não serviço público de uma escolha política que tem potencial para deturpá-la ou de representar retrocesso social, ignora-se que há uma escolha política embutida na própria consideração doutrinária da essencialidade.

Considerando então haver duas instâncias diferentes possíveis de escolha política acerca da amplitude e natureza dos serviços públicos, a doutrinária e a legislativa, é esta última que deve ser adotada, posto que o processo legislativo é historicamente o meio mais legítimo de determinação ou delimitação de deveres dos cidadão e do próprio Estado. Assim, a noção formal de serviço público não é uma tautologia, como aponta Eros Grau, mas sim a constatação de que o Estado, especialmente por meio do processo legislativo, tem o poder legítimo de alterar, com escolhas políticas não arbitrárias, a amplitude e o alcance da noção de serviço público na prática, apontando concretamente nas situações do dia-a-dia as atividades que estão ou não abarcadas pelo conceito, ou seja, onde o Estado tem e não tem dever de intervir mais diretamente e a amplitude desse dever. Considerando esse poder amplo de dizer o que é e o que não é serviço público, a escolha política pode também atuar em menor escala, quebrando algumas rigidezes de modelos públicos de prestação de serviços, ainda que concedidos. Isso possibilita que haja maior criatividade jurídico-institucional na elaboração de arranjos normativos que não estejam presos necessariamente a deveres ou conceitos pré-estabelecidos doutrinariamente ou que tenham vocação ideológica que não tenha sido legitimada pelo correspondente processo legislativo.

¹⁰³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque, op. cit., p. 70.

¹⁰⁴ Ibid., p. 75: “No cerne de tal redefinição da atuação estatal devem estar as entidades reguladoras independentes, cujo principal desafio consiste em disciplinar a atuação dos particulares a fim de emprestar maior efetividade e representatividade à pluralidade de interesses públicos legítimos coexistentes no corpo social, mantendo o controle da atividade por meio do exercício da função de regulação”.

No caso específico do saneamento, ainda que dificilmente venha a se contestá-lo como serviço público por quaisquer das vertentes, a adoção da noção caracterizada por um regime jurídico especial, decorrente de uma escolha política legitimada em processo legislativo, torna mais natural a criação e implementação de arranjos que não estejam comprometidos previamente com concepções ideológicas rígidas, como as puramente estatistas ou puramente privatistas, bem como confere maior eficácia em soluções que venham a compor iniciativas estatais e privadas, ainda que em aparente contradição, possibilitando uma maior probabilidade de compatibilização jurídica das situações sem que sejam impostas judicialmente ou estimuladas negocialmente soluções antieconômicas e antagônicas ao interesse público.

Do ponto de vista das políticas públicas, o debate sobre o conceito e abrangência da expressão serviço público pode ter repercussões práticas quando do estabelecimento de prioridades, formulação de programas, e alocação de recursos. Sob a perspectiva da ação governamental, Lowi¹⁰⁵ definiu uma tipologia de políticas 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 institucional. 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 evidenciam¹⁰⁶.

No caso do saneamento, são claros os conflitos redistributivos característicos do setor, na execução de políticas ou na falta delas. 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,

¹⁰⁵ 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. pp. 27-40.

¹⁰⁶ MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na Ciência Política. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. São Paulo: Editora UNESP/Editora Fiocruz, 2013, p 29.

positivos ou negativos, serem especialmente percebidos na forma de externalidades.¹⁰⁷ A ideia da política pública de saneamento como objeto de disputas redistributivas é inerente às análises aplicadas que serão feitas mais adiante, e importantes para a tentativa de compreensão dos defeitos do arranjo jurídico-institucional, com seus componentes políticos e jurídicos.

3.2 Quadro geral de interesses e atores

Para os objetivos do trabalho, antes de se adentrar nos pontos mais particulares da dinâmica de análise, é importante evidenciar algumas questões-chave para o entendimento da forma como foram construídas as atuais instituições que conformam a política nacional de saneamento, bem como da forma com que as disputas redistributivas sobre os rumos da política ou sobre sua implementação se resolvem e influenciam o resultado concreto de efeitos políticos-jurídicos.

Em primeiro lugar, deve-se conhecer alguns elementos macroinstitucionais pertinentes ao tema, em especial o quadro constitucional de diretrizes normativas e de competências em torno do qual se posicionaram e se posicionam os diversos atores. Em segundo lugar, devem ser identificados e descritos tanto os atores em si, quanto à sua função e os interesses abstratamente considerados, os quais podem permear mais de um ator identificado, ou mesmo variar ao conforme o contexto.

A Constituição Federal de 1988 trouxe de forma um tanto vaga a divisão de competências entre os entes federativos em matéria de saneamento. O inciso XX do artigo 21 dispôs ser de competência da União a definição de diretrizes gerais para o saneamento básico, assim como o artigo 23, parágrafo único, segundo o qual a competência para estabelecer normas de cooperação com os demais entes federativos em matérias de competência comum se dá por meio de lei complementar. Aos Municípios, a Constituição conferiu a titularidade dos serviços públicos de interesse local, conforme artigo 30, no qual estariam incluídos, por interpretação, os de saneamento básico. Já os Estados têm competência legislativa concorrente em conservação da natureza, recursos naturais e consumo, atividades relacionadas com saneamento básico e que, portanto, envolvem o ente federativo de alguma forma na regulação dos serviços, bem como a competência para, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas para integrar a organização, o

¹⁰⁷ As políticas de saúde, por exemplo, tem alto e pulverizado grau de judicialização, diretamente pelos beneficiários. No caso do saneamento, essa judicialização é indireta.

planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum¹⁰⁸. Por fim, o artigo 23, inciso IX, traz como competência comum de União, Estados, Distrito federal e Municípios a promoção de melhoria das condições de saneamento básico.

Desse quadro normativo macroinstitucional, que não traz definições bem delineadas acerca da competência de cada ente federativo e da forma de integração de suas ações, surge a primeira dicotomia de interesses, opondo, de um lado, os Municípios, e do outro, os Estados. Evidencia-se, assim, a disputa, juridicamente qualificada, entre os que defendiam 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. Não interessa, para os objetivos aqui almejados, o detalhamento dos argumentos ou a busca pela melhor posição, mas as consequências da disputa em si e o comportamento dos seus atores. Para isso, porém, é necessário compreender as linhas gerais das posições nesse debate.

Pode-se dizer que a titularidade do serviço de saneamento foi, desde a vigência da Constituição de 1988 e mesmo antes dela, afirmada em regra e majoritariamente como sendo dos Municípios, em razão de atribuição de competência para assunção daquilo que for de interesse local. 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 local.¹⁰⁹ 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 local¹¹⁰.

¹⁰⁸ Artigo 25, §3º da Constituição Federal.

¹⁰⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/02>>. Acesso em: 02 out. 2017, p. 30.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 31.

Por outro lado, a visão estadualista, ou seja, a de que deveria caber aos Estados a titularidade do poder concedente, calcava-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 saneamento.¹¹¹ 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 estaduais¹¹². No mais, 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, conforme será retomado mais adiante.

A grande discussão jurídica em torno da matéria surge quando se trata de regiões metropolitanas, instituídas pelos estados por meio de Lei Complementar, nos termos autorizados pelo artigo 25 da Constituição, com o objetivo de tornar mais eficiente o planejamento e execução das funções públicas de interesse comum.

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, como será mais à frente tratado.

A discussão jurídica acerca da titularidade do poder concedente já foi apreciada pelo STF por ocasião de diversas ADIs propostas em face de leis estaduais que restringiam

¹¹¹ 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.

¹¹² 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.

a competência dos Municípios. 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 não deixam claros os limites a serem respeitados por cada um dos entes. Por outro lado, a falta de previsão melhor definida na Constituição acerca da gestão dos serviços em regiões metropolitanas também inibe, de certa forma, determinados benefícios, como o ganho de escala inerente à conjunção de esforços e unificação da gestão em áreas contíguas ou conturbadas.

Em síntese, o argumento estadualista na questão das regiões metropolitanas é o de que os aspectos da prestação de serviço que transcendem os territórios deslocam, nesses casos, a competência para os Estados, na medida em que a questão deixaria de ser de interesse apenas local para ser de interesse comum. Nesse sentido, por exemplo, Moreira Neto, em análise da doutrina sobre interesse local, aponta elementos de sua identificação, como a predominância local, o fato de ser interno às cidades, a possibilidade de se isolar, a não ocorrência de repercussões externas significativas, entre outros. O interesse comum, por sua vez, seria caracterizado pelos elementos diametralmente opostos aos mencionados. Conclui que o poder concedente para os serviços de saneamento será estadual quando não obedecidas essas características mencionadas, e sempre que houver declaração formal de região metropolitana ou aglomeração urbana¹¹³. A posição é compartilhada por Luis Roberto Barroso. Para o autor, a lógica constitucional se pauta pela eficiência, e se traduz em atribuir a competência dos Estados quando o interesse for comum (e, no caso, ele considera interesse comum a circunstância da região metropolitana constituída por lei), enquanto, quando a questão for meramente local, o Município tem mais condições de prover os objetivos.¹¹⁴

Existem também posições intermediárias ou mistas acerca do tema. Menciona-se, a título de exemplo, a de Gilberto Bercovici, em consonância com uma análise no plano federativo e de cooperação, do problema interesse local x interesse comum. Para o autor, considerando todos os dispositivos constitucionais citados, em especial o inciso IX do artigo 23, o saneamento básico não seria de titularidade exclusiva de nenhum ente da

¹¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder concedente para abastecimento de água. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, p. 23-34, 1998. pp 26 e 33.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de informação legislativa*, v. 38, n. 153, p. 255-270, 2002, pp. 266-267.

Federação, mas um serviço público de competência comum, devendo ser implementado por meio de políticas conjuntas em que todos os entes envolvidos cooperem entre si.¹¹⁵ Essa posição parece estar em consonância com a decisão do STF sobre o tema, assunto que será retomado mais à frente quando forem analisados aspectos do processo judicial. Cabe comentar, porém, que, do ponto de vista da exequibilidade, essa parece ser a opção mais complexa e de difícil implementação, uma vez que não ficam claras as responsabilidades de cada ente na prática, o que potencializaria os conflitos federativos ou a preponderância do ente politicamente mais forte sobre o mais fraco.

O segundo aspecto macroinstitucional importante para a conformação de expectativas sociais e o consequente delineamento de grupos de interesse foi a disciplina, por parte da Constituição Federal, da forma de intervenção e atuação do Estado na economia e, consequentemente, a forma de prestação dos serviços públicos. Da leitura do artigo 173, pode-se inferir que a escolha político-jurídica da sociedade foi conferir ao Estado papel excepcional na exploração direta da atividade econômica, o que, *contrario sensu*, reconhece a necessidade em regra de atuação privada nas atividades econômicas em sentido estrito. O artigo 174 consagra o papel do Estado como agente regulador, fiscalizador, incentivador e planejador da atividade econômica. Já o artigo 175 atribui ao Estado a função, ou mesmo obrigação, de prestação do serviço público. Porém, no mesmo dispositivo, evidencia-se que tal prestação pode ser direta (ou seja, por meio de órgãos, autarquias e assemelhados controlados pelo Poder Público) ou sob o regime de concessão ou permissão. A Constituição, ao prever a possibilidade tanto de prestação direta quanto de delegação dos serviços públicos, e, no caso em tela, dos serviços públicos de saneamento básico, faz surgir uma outra grande dicotomia de interesses. 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.

Mais à frente no trabalho ver-se-á que, a depender das circunstâncias, os interesses opostos podem, por vezes, se compor em torno de um objetivo específico, considerando a relação entre essas suas grandes dicotomias e suas combinações. Nesse sentido, tem-se configurado um quadro primitivo de interesses da seguinte forma:

¹¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. Saneamento Básico e Federalismo: serviço público e competências comuns. In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al (Coord.). *Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 197-213.

Quadro 1 – Interesses

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

Fonte: Elaborado pelo autor.

Já com relação aos atores, pode-se classificá-los, inicialmente, quanto à função¹¹⁶. Assim, 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, 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, como já visto, 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

¹¹⁶ 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, Relatório de Pesquisa n.10, 2006. p. 22.

intermunicipal, que ocorre quando um ou mais entes federativos se juntam para criação de uma entidade reguladora¹¹⁷ 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

Fonte: Elaborado pelo autor.

3.3 Trajetória condicionante do saneamento

¹¹⁷ É o caso, por exemplo, da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – ARIS, criada em 2009 e que hoje congrega 176 municípios de Santa Catarina.

Como evidenciado anteriormente neste trabalho, o destaque dado à *path dependency*, ou dependência de trajetória, é uma das características específicas das linhas de análise vinculadas ao neoinstitucionalismo histórico e tem utilidade relevante no auxílio da compreensão do atual arranjo jurídico-institucional e resultados práticos da política de saneamento básico no Brasil. Logo, é importante descrever em linhas gerais como se deu a evolução do setor, quais suas principais instituições, os momentos e formas de mudança estrutural e o legado atual dessa estruturação.

É possível identificar fases bastantes distintas do desenvolvimento das políticas de saneamento básico no Brasil, variando especialmente quanto ao grau de institucionalização de cada política ou conjunto de ações, maior ou menor intervenção do Estado e maior ou menor descentralização. Torna-se conveniente a atenção aos arranjos e marcos normativos principais, que consubstanciam o processo de institucionalização particular de cada período, e cujos processos de instituição e implementação dizem muito sobre a relação entre o aspecto político e o jurídico da formulação das políticas, refletindo ainda no seu maior ou menor grau de sucesso.

Em um primeiro momento, a questão sanitária no Brasil foi, por força do federalismo positivado na Constituição de 1891, relegada aos Estados e, indiretamente, aos Municípios. O texto constitucional não mencionava explicitamente a questão da saúde ou saneamento, mas atribuía aos Estados a obrigação de prover, com recursos próprios, as necessidades da Administração, e garantia aos Municípios a autonomia em relação ao que fosse de “seu peculiar interesse”¹¹⁸. Disso decorreram arranjos iniciais, como, por exemplo, o que se observou no estado da Bahia, com a edição de diversos diplomas normativos estaduais tratando da questão sanitária e dividindo atribuições com os Municípios¹¹⁹.

A preocupação com o tema ganhou relevância no início do século XX, em razão de epidemias constantes de febre amarela e outras doenças, as quais geraram preocupação nas elites políticas e as mobilizaram no sentido de exigir alguma atuação federal, já que Estados e Municípios não dispunham de meios adequados, como recursos técnicos e financeiros, para tratar do problema. Deu-se então o primeiro arranjo embrionário de cooperação federativa, especialmente por meio de convênios para financiamento de ações

¹¹⁸ Constituição de 1891: “Art 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar (...) Art 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”.

¹¹⁹ SOUZA, Christiane Maria Cruz de. A constituição de uma rede de assistência à saúde na Bahia, Brasil, voltada para o combate das epidemias. *Dynamis*, Granada, v. 31, n. 1, p. 85-105, 2011.

de saneamento e profilaxia rural, com o estímulo à transferência de algumas responsabilidades ao poder central em troca de recursos para os demais entes federativos, de modo que na década de 1920 praticamente todos os Estados possuíam convênios do gênero com a União¹²⁰.

Com o advento da Constituição de 1934, reafirmou-se a titularidade dos Municípios para o tratamento da questão do saneamento¹²¹, a despeito da falta de capacidade dos Municípios de lidarem de forma minimamente adequada à questão, considerando ainda o momento de industrialização pelo qual passou o país nas décadas de 1930 e 1940, que começou a alterar o perfil demográfico.

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 irrealistas 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 1960¹²². 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 esgoto¹²³. A forma como se deram os primeiros arranjos, nesse momento histórico, evidencia uma noção de política pública como um sistema aberto e influenciado pelas dinâmicas de outros sistemas sociais, no qual o Estado é alocador de

¹²⁰ 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. 621.

¹²¹ Constituição de 1934: “Art 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse (...)”.

¹²² JACOBI, Pedro. *Movimentos sociais e políticas públicas: demandas por saneamento básico e saúde*. São Paulo: Cortez, 1989, p. 24.

¹²³ Estudo do BNH 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.

impulsos oriundos de fora¹²⁴, como se observa no mencionado paternalismo tarifário, e na responsividade às epidemias e calamidades decorrentes da ausência de saneamento.

A fase subsequente das políticas de saneamento básico no Brasil começa no final de 1960. A partir de meados da década, cresceu a preocupação do governo federal com a questão, o que se pôde verificar pelo Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG/1964/1966), no qual saúde e saneamento foram considerados conjuntamente no estabelecimento de diretrizes e metas, bem como em outros planos governamentais, como o Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e o Plano Estratégico de Desenvolvimento. Foi criado então o Fundo de Financiamento para o Saneamento, cuja gestão ficou a cargo do Banco Nacional de Habitação¹²⁵, o qual, por sua vez, criou o Programa de Financiamento para Saneamento e estimulou a criação de diversos outros fundos regionais.

Todas essas medidas, que já visavam à centralização e à busca da autossustentabilidade financeira, viriam a culminar no PLANASA – Plano Nacional de Saneamento. Pode-se considerar, portanto, que o final da década de 60 e o início da década de 70 são marcos da intervenção do Estado brasileiro no setor de saneamento, sendo que, a partir de 1971, com o PLANASA vigente, tal padrão de intervenção assume o caráter de política nacional.¹²⁶ Observa-se aqui uma mudança de cunho estrutural no papel do Estado relativamente ao saneamento, já que o modelo instituído pelo PLANASA alterou de forma substancial a ação governamental, criando um arranjo institucional mais centralizado, em oposição à forma antes realizada por meio de autarquias e órgãos municipais, bem como com a criação de meios de financiamento, diretrizes e metas até então inexistentes.

O momento político, caracterizado pelo golpe de 1964 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

¹²⁴ MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na Ciência Política. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs). *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. São Paulo: Editora UNESP/Editora Fiocruz, 2013. p. 23-46.

¹²⁵ Inicialmente, a gestão coube, por breve período, ao Departamento Nacional de Obras de Saneamento (DNOS).

¹²⁶ 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. pp. 59-61.

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 organizações.¹²⁷ 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. É uma primeira tentativa do Estado brasileiro de lidar nacionalmente com a complexidade posta, com o estabelecimento de diretrizes, meios e metas por meio do PLANASA e seu arranjo institucional interventor.

A despeito da busca de autossustentabilidade como um dos pontos centrais da política, 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. Esse desequilíbrio era compensado por subsídios 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 água¹²⁸.

O PLANASA perdurou até final da década de 80, 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, por conta do agravamento da crise econômica. O PLANASA foi perdendo força principalmente por causa da desestruturação financeira do modelo. Fatores como o término das transferências a fundo perdido da União e a diminuição de recursos do BNH (oriundos do FGTS), em razão do arrocho salarial e dos saques dos desempregados, foram cruciais para tanto¹²⁹.

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

¹²⁷ 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.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ CARVALHO, Vinicius Marques de. *O direito do saneamento básico*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 118 e 120.

conflitante com o novo e papel que os Municípios passariam a desempenhar na federação e a repartição e competências no novo contexto do regime democrático.

O declínio do PLANASA indica uma inversão causal entre *politics* e *policies*, ocasionada essencialmente pela crise do Estado brasileiro e a redemocratização. Ainda que o modelo simbolizado essencialmente pelo PLANASA possuísse grau de institucionalização considerável, com a mudança profunda da ordem jurídico-institucional brasileira em 1988, precedida pela crise fiscal e pela queda do regime autoritário, as formulações normativas passaram a não mais serem efetivas, especialmente frente ao novo papel de determinados atores, como os Municípios, até então ofuscados pela atuação federal e das companhias estaduais de saneamento. 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.

A era pós-PLANASA inicia-se na década de 90, caracterizada por um vazio institucional normativo e pela falta de planejamento para o setor, lacuna esta agravada pela dificuldade de planejamento em geral devido ao cenário de hiperinflação e instabilidade econômica.¹³⁰ A política de saneamento passou a ser gerenciada de forma pulverizada pelos diversos órgãos do governo, sem uma articulação central que pudesse prover condições políticas para a elaboração e implementação de um novo marco normativo-institucional, sem uma estrutura de financiamento estável e sem uma articulação eficaz entre os diversos atores. Há um incremento de ações governamentais focadas em segmentos e iniciativas localizadas em detrimento do estabelecimento de uma política amplamente considerada.

Não obstante a decadência do PLANASA, a falta de alternativas institucionais remeteu a uma permanência dos arranjos vigentes, muitas vezes até em situações essencialmente de fato, como, por exemplo, na cidade de São Paulo, em que, até meados da década de 2000, sequer existia contrato escrito entre o município e a Sabesp¹³¹.

¹³⁰ Nesse sentido, BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190: “A conjuntura inflacionária gerou hábitos de comportamento reativos e de defesa imediata em face das ameaças da inflação que afetaram a organização produtiva e econômica. O país passou, nos anos 1970 a 1990, a ter dificuldades para produzir projeções críveis sobre a expansão ou evolução de qualquer setor econômico ou social”.

¹³¹ Cf. COUTINHO, Diogo et al. Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 2, Relatório de Pesquisa n.10, 2006.

Ademais, aponta-se o defeito de institucionalização de determinados elementos da política consubstanciada no PLANASA, especialmente no que tange a instrumentos de financiamento que fossem mais resistentes aos momentos conjunturais moldados, na década de 1980, pelas sucessivas crises econômicas¹³².

Observa-se que a política pública do PLANASA desfaleceu institucionalmente¹³³ no mesmo momento em que algumas das instituições nas quais se baseava (especialmente com relação ao planejamento e financiamento) decaíram, seja com a extinção do Banco Nacional de Habitação, com o exaurimento das fontes de recursos excessivamente sujeitas às variações conjunturais econômicas, ou mesmo com a mudança do papel jurídico e político dos Municípios com a Constituição de 1988, inviabilizando a ação centralizadora outrora proposta.

A ideia-diretriz do PLANASA fundava-se em duas características: a centralização e a autossustentação. Com o advento da Constituição de 1988 e as mudanças estruturais e conjunturais do Estado brasileiro, a ideia-diretriz das instituições componentes da política deixou de fazer sentido diante do novo pacto federativo, que conflitava de forma irremediável com o modelo centralizador, bem como em função do exaurimento das fontes de recursos e da necessidade de vencer os desafios redistributivos do setor, em especial a prestação do serviço em localidades em que a atividade fosse extremamente deficitária. Ainda não totalmente dissolvidas ou ab-rogadas juridicamente, bem como sem perspectiva de célere substituição, as instituições deixaram de cumprir seu papel, porquanto esvaziadas em seu elemento essencial.

Em meados dos anos 1990, foram realizadas as primeiras privatizações, mesmo em meio às incertezas normativas diversas, como a ausência de novas diretrizes no setor e a ausência de regras para as privatizações em geral. A primeira concessão se deu no

¹³² Nesse sentido, 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. 70: “A reformulação do setor de saneamento básico deveria conservar os pontos positivos do PLANASA (aumento da destinação de recursos para o saneamento básico, planejamento do problema a nível nacional, treinamento técnico especializado) e acrescentar outras características a um novo Sistema Financeiro do Saneamento, tais como, fontes de financiamento menos vulneráveis às crises, maiores investimentos em coleta e tratamento de esgotos e ainda participação dos municípios no processo de tomada de decisões de investimentos”.

¹³³ Acerca do ciclo de vida das instituições, HAURIOU, Maurice. *A Teoria da Instituição e da Fundação*. Trad. José Ignacio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 20: “as instituições nascem vivem e morrem juridicamente; elas nascem por meio de operações de fundação que lhes fornecem um fundamento jurídico ao prolongarem-se; elas vivem uma vida ao mesmo tempo objetiva e subjetiva, graças a operações jurídicas de governo e de administração repetidas e, aliás, ligadas por procedimentos; enfim, elas morrem por meio de operações jurídicas de dissolução ou ab-rogação. Assim, elas ocupam juridicamente a duração e sua cadeia sólida se cruza com a trama mais ligeira das relações jurídicas passageiras”.

Município de Limeira/SP em 1995, quando a empresa francesa Suez-Lyonaise des Eaux, consorciada com a brasileira CBPO, obteve o direito de explorar o serviço¹³⁴. Limeira fazia parte de uma relação de nove cidades no Estado de São Paulo que chegaram a tomar iniciativas para a privatização, com o envio de projetos de lei às Câmaras. Desses, quatro foram aprovados, mas somente Limeira levou a cabo o processo.¹³⁵ O processo de Limeira e os embrionários nas demais cidades sofreram críticas¹³⁶, seja porque o índice de cobertura dos serviços já era elevado - o que refutava o argumento da necessidade de investimento privado para expansão -, seja porque o certame, no caso de Limeira, foi colocado sob suspeita.¹³⁷ Contudo, as incertezas jurídicas (como a falta de regras a balizar o encerramento dos contratos antigos), bem como a controvérsia sobre a titularidade da prestação de serviços, as quais serão mais à frente explicadas, limitaram as concessões a um número relativamente baixo até os dias de hoje.

Pouco depois, outra forma de participação do capital privado surgiu institucionalmente no setor de saneamento, com a edição da Lei Estadual 11.963/97, do Paraná, que possibilitou a aquisição de 39,71% das ações da Sanepar – Companhia de Saneamento Básico do Estado do Paraná pelo grupo privado Dominó Holdins S.A., formado pela Construtora Andrade Gutierrez, Banco Opportunity, Copel Participações e francesa Vivendi.¹³⁸ Nesse modelo, forma-se uma sociedade de economia mista, em que o controle continua nas mãos do Estado.

Também nesse período de hiato legislativo do setor, intensificaram-se os debates e as iniciativas para o estabelecimento de um novo marco, compatível com a ordem jurídica constitucional. Diversos projetos de lei tramitaram no Congresso, com diferentes vieses ideológicos, os quais serão mencionados em maior detalhe quando da abordagem de aspectos relacionados ao processo legislativo.

3.4 O marco normativo do arranjo jurídico-institucional do saneamento.

A Lei 11.445 de 05 de janeiro de 2007, conhecida como Lei de Diretrizes do Saneamento Básico, foi aprovada no Congresso e entrou em vigor 45 dias depois de sua

¹³⁴ SANCHEZ, Oscar Adolfo. A privatização do saneamento. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 89-101, 2001.

¹³⁵ As nove cidades são: Limeira, Jacareí, Guarulhos, Leme, Catanduva, Indaiatuba, Valinhos, Matão e Rio Claro, e apenas nas quatro primeiras o projeto de lei autorizativo foi aprovado. *Ibid.*, p. 94.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 96-97.

¹³⁷ Também nesse sentido, cf. DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e arcas regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 149-150.

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 164-165.

publicação. Pode-se dizer que a lei instituiu, depois de um longo período de vazio institucional, uma nova Política Nacional de Saneamento Básico. Para fins de subsidiar as reflexões críticas porvir acerca da política, é relevante que sejam mencionados, ainda que descritivamente, alguns dos aspectos principais do texto normativo que a estrutura de forma principal, a fim de se ter em mente os contornos gerais do produto legislativo e principal componente do arranjo jurídico-institucional.

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; V. 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 inicial da lei de diretrizes dá mostras claras dos objetivos da política, bem como da forma como se pensou a realização da ação governamental. Inicialmente, destaca-se que a universalização dos serviços é mencionada em primeiro lugar entre os princípios fundamentais. Outra menção importante é a visão interdisciplinar, com a diretriz para a articulação com outras políticas públicas para as quais o saneamento básico seja fator determinante, como, por exemplo, as políticas de desenvolvimento urbano e regional, habitação, combate à pobreza, proteção ambiental e promoção de saúde, visão esta em conformidade com a consideração da ação governamental como um todo.

A eficiência e sustentabilidade econômica, e a preocupação com a adoção de tecnologias e soluções adequadas à capacidade de pagamento de usuários também são elencados como princípios, incorporando uma preocupação com a dimensão econômica dos efeitos da política de saneamento, tanto do ponto de vista da garantia de sua execução por meio de formas de financiamento sustentáveis, em especial por meio de tarifa paga pelos serviços, mas explicitando também, em contrapartida, o ponto de vista da capacidade econômica dos usuários. Uma terceira vertente principiológica da lei refere-se às menções ao controle social e, especialmente, à transparência das ações, esta última “baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados”, como princípios do serviço público de saneamento.

Pode-se observar também, na parte que cuida de definições normativas para os fins da lei, a menção à gestão associada como associação voluntária de entes federados, e à prestação regionalizada, qual seja, o atendimento de dois ou mais titulares por um mesmo prestador. Há, finalmente, a definição do termo subsídio como “instrumento econômico de política social para garantir a universalização do acesso ao saneamento básico,

especialmente para populações e localidades de baixa renda”¹³⁹, indicando grau de protagonismo estatal na expansão dos serviços, ao mesmo tempo em que se define, de certa forma, uma espécie de focalização, ou seja, a ênfase no uso desse instrumento em relação a populações e localidades de baixa renda.

No capítulo 2, dispôs-se sobre o exercício da titularidade. A lei trata desse exercício sem explicitar, ou mesmo sem ter em conta, a qual ente ou entes é efetivamente atribuída a titularidade e, conseqüentemente, o poder concedente do serviço público de saneamento. Como será visto em outra passagem, a falta de definição jurídica acerca da titularidade, e em especial a delonga para que a questão fosse definitivamente pacificada no Judiciário, representou a perda da oportunidade de a lei vir a dispor em maior detalhe sobre o exercício, uma vez que, com a definição prévia, seria possível de forma direta a atribuição de normas a destinatários mais específicos e já conhecidos. Dessa forma, as normas teriam o potencial de serem mais precisas e incisivas nos seus mandamentos materiais, considerando que a maior parte das disposições contidas em textos estruturantes de uma política pública dessas características é formada por normas de organização. Por outro lado, ao abstrair a questão da titularidade, a legislação conseguiu dispor sobre a questão de forma flexível, consistindo em um texto útil no cenário de qualquer definição, seja pela titularidade municipal, estadual ou comum.

Estabelece-se a possibilidade, no exercício de titularidade, de ampla delegação das funções, tratando expressamente não apenas da prestação de serviços em si, mas de sua organização, da regulação e da fiscalização, estas duas últimas no âmbito de outros entes federativos. A legislação, nesse ponto, demonstra flexibilidade quanto à possibilidade de arranjos possíveis para a prestação dos serviços de saneamento: seja diretamente (com fiscalização e regulação próprias), seja por meio de concessão (com ou sem regulação e fiscalização próprias), seja por meio de cooperação com outros titulares, entre outros. Essa ampla gama de modelos possíveis se amolda às diversas situações já existentes, como concessões da exploração do serviço à iniciativa privada, no caso de exercício direto, ou no caso mais comum, que é a delegação para a companhia estadual estatal de saneamento.

Ainda no que tange ao exercício da titularidade, a lei estabelece a possibilidade de que os entes federativos, isolados ou por meio de consórcios públicos, criem e mantenham fundos com o objetivo de custear a universalização dos serviços, os quais podem ser providos, entre outras fontes, por parcelas das tarifas cobradas pelos serviços. A lei cria e

¹³⁹ Art. 3º, VII.

reserva para o titular a obrigação de “formular a respectiva política”¹⁴⁰, que consiste, entre outras medidas, na elaboração de plano de saneamento básico, no dever de definir o ente responsável pela regulação (ou realizá-la diretamente, já que não pode deixar de haver regulação), de fixar parâmetros de qualidade e atendimento, direitos e deveres de usuários, estabelecer os mecanismos de controle social, e articular informações juntamente com o Sistema Nacional.

Um aspecto importante da política é a estipulação, no artigo 11 da Lei, de uma padronização dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de saneamento, com a definição de condições de validade como a existência de plano de saneamento básico, a realização de estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira visando à universalização, a existência prévia de normas de regulação e a realização de audiências e consultas públicas. Em maior detalhe, no caso de contratos de concessão e contratos de programa, a obrigatoriedade de cláusulas que tratem de metas de expansão, eficiência e uso racional da água e outros recursos, condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro, sistema de cobrança e tarifário, política de subsídios e mecanismos de controle social. A concessão de serviço público é um contrato por meio do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que o preste em nome próprio, por sua conta e risco, em condições definidas pelo Poder Público, cuja remuneração, em regra, se dá por meio da própria exploração do serviço, por meio de cobrança de tarifas.¹⁴¹ Marçal Justen Filho menciona especificamente o contrato de concessão como um instrumento de implementação de políticas públicas¹⁴². Já o contrato de programa, para os fins deste trabalho, é o contrato de concessão firmado entre dois entes da Administração Pública, também referenciado, antes da Lei 11.107/05 (que o instituiu), como “concessão imprópria” ou “concessão convênio”¹⁴³.

O capítulo 3 é dedicado à prestação regionalizada dos serviços. Inicialmente, a lei coloca como requisitos da caracterização da prestação regionalizada a atuação de um único prestador concomitantemente em mais de um Município - contíguos ou não -, a uniformidade de regulação e da remuneração, e a compatibilidade de planejamento. Nota-se que a prestação regionalizada difere da simples existência de prestador de serviços em

¹⁴⁰ Art. 9º

¹⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 713.

¹⁴³ FORTINI, Cristina; ROCHA, Rúsvel Beltrame. Consórcios públicos, contratos de programa e a lei de saneamento. In: PICININ, Juliana et al (Org.). *Saneamento Básico – Estudos e pareceres à luz da Lei 11.445/2007*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 148.

comum para diversos Municípios, se a fiscalização, regulação dos serviços e a remuneração, bem como o planejamento, não guardarem identidade e uniformidade.

O artigo 16 da lei prevê expressamente que a prestação regionalizada dos serviços pode ser realizada de duas formas. A primeira, pressupondo a atuação estatal, por meios de “órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal”. Permite-se, assim, uma gama institucional bastante elástica para a definição de um arranjo de regionalização, possibilitando aos Estados e Municípios formas jurídicas desde as mais simples até as mais complexas. No caso, são previstas as formas já consolidadas de prestação regionalizada, em especial as centralizadas nas companhias estaduais de saneamento, sem excluir outras formas institucionalmente mais recentes de organização, como os consórcios públicos, figura introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 19/98¹⁴⁴, e posteriormente disciplinada pela Lei 11.107/05. Destaque-se também uma inovação institucional trazida pela lei, relativa à possibilidade de a regulação e a fiscalização serem feitas por meio de consórcio público.

A segunda forma prevista para a prestação regionalizada é por meio de empresas concessionárias do serviço, o que amplia ainda mais o leque de opções na execução da política. Nesse particular, ressalta-se que a lei, portanto, não representa uma escolha política clara ou expressa acerca de uma das questões centrais não só do setor, mas da sociedade, qual seja, a dicotomia entre a prestação estatal e prestação privatizada. O texto tem, ao menos nesses aspectos, o mérito de permitir a elaboração de arranjos diversos e adaptáveis no âmbito da ação governamental, ao dispor não somente sobre a autorização para as mais diversas formas de prestação públicas e privadas, mas também ao estabelecer regras que se aplicam em ambas as situações.

A lei prevê também, 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. Essa é uma diretriz importante, considerando o histórico anterior de prestação pelas companhias estaduais, a fim de garantir a transparência de eventuais subsídios cruzados ocultos, bem como da

¹⁴⁴ O artigo 241 da Constituição passou a ter a seguinte redação: “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”. O texto é inteiramente novo, já que a redação original do artigo tratava de uma disposição sobre a carreira de delegados de polícia e foi suprimido.

sustentabilidade local dos serviços, o que, além de consistir em informações relevantes para orientação de políticas de expansão e investimentos, permite maior segurança jurídica em eventual retomada de serviços ou conflitos entre prestador e Município.

O capítulo 4 da Lei trata da função de planejamento e dos requisitos e disposições mínimas dos planos. Novamente, a lei faz referência ao dever, genericamente, de os titulares, quaisquer que sejam, editarem os seus respectivos planos, e traça cinco vertentes principais que devem ser objeto do documento: diagnóstico, metas, ações regulares, ações emergenciais e avaliação. O diagnóstico da situação e impactos na vida da população deve ser feito, segundo a lei, com base em “sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas”¹⁴⁵.

No que tange a metas e objetivos, o plano deve visar à universalização, admitidas soluções graduais, e a compatibilização com outros planos setoriais. As ações para alcance dos objetivos devem guardar compatibilidade com os planos plurianuais e outros planos correlatos. Destaca-se, nesse ponto, a indicação para identificação de *possíveis fontes de financiamento* dos programas e ações, denotando preocupação com a exequibilidade do plano. No que tange à avaliação, a lei determina que sejam criados “mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas”¹⁴⁶.

Da leitura do texto normativo que dispõe sobre as características dos planos de saneamento, pode-se notar claramente uma racionalidade própria da abordagem de políticas públicas, em especial o paralelo com o ciclo de formação de políticas públicas tratado por Ripley¹⁴⁷, ainda que o planejamento em si seja essencialmente inserido primordialmente em uma das fases apontadas como componentes do ciclo. Dessa forma, a política nacional instituída pela Lei Federal 11.445/07 tem o mérito de impor aos demais atores políticos, em especial entes federativos tradicionalmente de menor capacidade técnica e capital humano em suas administrações, a racionalidade característica do desenvolvimento em políticas públicas, padronizando a abordagem e garantindo a uniformidade e compatibilidade com a política nacional.

O capítulo 5 traz normas sobre regulação da prestação de serviço de saneamento, baseadas nos princípios de independência decisória, transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade. Dos princípios da regulação constantes em lei, decorrem o dever de se

¹⁴⁵ Art. 19, I.

¹⁴⁶ Art. 19, V.

¹⁴⁷ RIPLEY, Randall B. *Stages of the policy process*. In: MC COOL, Daniel (Org.). *Public Policy. Theories, Models and Concepts. An Anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995. p. 155-173.

garantir, à entidade reguladora, a autonomia administrativa, orçamentária e financeira, expressamente mencionadas no inciso I do artigo 21, bem como o caráter eminentemente técnico de sua atuação, com uma desejada blindagem em relação à influência política sobre suas decisões. A lei elenca como objetivos da regulação o estabelecimento de padrões e normas da prestação, a garantia do cumprimento das condições e metas, a prevenção e repressão do abuso de poder econômico e a definição de tarifas, sob as balizas de assegurar tanto o equilíbrio econômico financeiro dos contratos como a modicidade tarifária.

No inciso IV do artigo 22, que trata da função de definir tarifas, consta menção expressa à utilização de mecanismos que “induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade”. Essa é uma disposição importante, na medida em que uma questão frequentemente objeto de controvérsias é o entendimento sobre o que pode ou não ser considerado fator de desequilíbrio econômico financeiro, notadamente os ganhos de produtividade advindos ao longo do contrato. Esse ponto é particularmente destacado para o caso dos contratos de concessão, por meio dos quais o Poder Público busca, entre outros objetivos, justamente trazer para a prestação de serviços ganhos de produtividade possibilitados pela exploração privada. Os concessionários, por sua vez, costumam contar com a sua expectativa de ganhos de produtividade e eficiência como variável influenciadora das propostas feitas quando das licitações de concessões.

Na disciplina jurídica de concessão de serviços públicos e contratações com o Poder Público em geral, para fins do debate acerca do que dá ou não direito à recomposição de equilíbrio econômico financeiro, costuma-se discernir entre fatos da álea ordinária (que fazem parte do risco inerente ao negócio e, portanto, não são reequilibráveis) e fatos da álea extraordinária, os quais justificariam a repactuação de condições. Seriam ordinários, por exemplo, alterações do cenário econômico, alteração no volume de consumo ou usuários, custo de financiamento e ganhos e perdas de produtividade. Os extraordinários decorreriam de *fatos da administração* (como alterações unilaterais de contratos), *fatos do príncipe* (como aumento de tributos) ou fatos incluídos em sua generalidade na Teoria da Imprevisão (como força maior ou caso fortuito).

Assim, o desequilíbrio econômico-financeiro, para que induza à exigibilidade de sua compensação, deve ser juridicamente qualificado pelo ordenamento jurídico.¹⁴⁸ Nesse sentido, mencionam-se dois modelos de regulação econômico-financeira de contratos

¹⁴⁸ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias. *Revista dos Advogados*, ano XXIX, n. 107, pp. 25-32, 2009.p. 28.

administrativos de concessões. No primeiro, modelo estático, as rubricas que compõem o fluxo contábil e o fluxo financeiro, como custos e despesas operacionais, valores de insumos componentes do investimento, entre outros, são definidas e fixadas em valores calculados ou orçados à época do processo de contratação. Tais parâmetros não se modificam ao longo da execução contratual, permanecendo constantes durante todo o período da concessão, que pode perdurar por três décadas. Já no modelo dinâmico, há revisão e atualização periódica das rubricas, sem o vínculo enrijecido com as condições originais da contratação¹⁴⁹.

Ao dispor sobre o dever de a entidade reguladora se utilizar de mecanismos e procedimentos que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade, a lei de diretrizes traz indicação clara pelo modelo de regulação dinâmico, a respeito da equação econômico-financeira. Mais do que isso, porém. A redação estipula não somente a possibilidade de o Estado, na figura do poder titular concedente, poder se apropriar dos ganhos econômicos de produtividade, mas principalmente que esses ganhos têm de ser apropriados socialmente, ou seja, devem ser, de algum modo, transferidos à população, o que se crê seja por meio da modicidade tarifária, ou, no caso específico do cenário brasileiro de déficit na implantação de serviços básicos, por meio de utilização desses ganhos para fins de financiamento da expansão dos investimentos visando à universalização. Além de constituir uma baliza norteadora de possíveis relações público-privadas, ou entre entes federativos prestadores e concedentes, essas medidas denotam também a preocupação com a atualidade do serviço público (a exemplo do que já dispunha a lei de Concessões¹⁵⁰), e a concretização, na prática, do *princípio da possibilidade de modificar o modo de execução*¹⁵¹. A opção da legislação pelo modelo dinâmico da regulação, no que tange ao equilíbrio econômico-financeiro, é explícita ao tratar, no capítulo seguinte, das formas e características das revisões tarifárias, determinando que as periódicas objetivam “a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado”¹⁵².

¹⁴⁹ VASCONCELOS, Adalberto Santos de. *O Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Rodovias Federais no Brasil*. 2004. 159f. Monografia (Especialização em Controle Externo) – Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Brasília. 2004. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/equilibrio-economico-financeiro-nas-concessoes-de-rodovias-federais-no-brasil-o.htm>>. Acesso em: 09 set. 2017, pp. 126-127.

¹⁵⁰ Conforme art. 6º, §2º: “§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

¹⁵¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.380.

¹⁵² Art. 38, I

O artigo 23 da lei dispõe sobre a abrangência mínima das normas a serem obrigatoriamente editadas pelas entidades reguladoras, que devem tratar necessariamente de padrões e indicadores de qualidade, requisitos operacionais e de manutenção, metas progressivas de expansão e qualidade, regime e procedimentos tarifários, medição, faturamento, cobrança, monitoramento de custos, avaliação de eficiência e eficácia, plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação, subsídio, padrões de atendimento e participação do público e, finalmente, medidas de contingência e de emergência, como racionamento.

Havia, no texto original da lei aprovado no Congresso, mais uma matéria de tratamento obrigatório pelas normas de regulação do setor, qual seja, a fixação de penalidades por descumprimento de normas. Esse inciso foi vetado pelo Presidente da República, sob a justificativa de que o projeto de lei não definia as infrações e penalidades aplicáveis, e que a possibilidade de a entidade reguladora tratar do assunto feriria o princípio da reserva legal. É provável que, caso não fosse vetada, a disposição pudesse ser alvo de mais um embate judicial, tanto no controle abstrato quando difuso de constitucionalidade. Porém, não se pode deixar de anotar que a falta de determinação nas diretrizes nacionais de penalidades aplicáveis, e a impossibilidade de a entidade reguladora defini-las, consiste em uma lacuna relevante na política de regulação inicialmente esquematizada na política nacional, e cria também oportunidades de veto diversas atribuíveis a alguns atores políticos no que tange à efetividade da atividade de regulação e fiscalização e, conseqüentemente, da eficiência do serviço público.

Outro dispositivo vetado acerca da competência dos entes reguladores encontra-se fora do capítulo sobre regulação, e originalmente estabelecia que as tarifas pelos serviços de saneamento seriam fixadas pelas entidades reguladoras, sob a justificativa de que à função de regulação não cabe a determinação de tarifas, mas sim aspectos relacionados com a execução do contrato.¹⁵³

No capítulo 6, a lei dispõe sobre os aspectos econômicos e sociais. A primeira determinação, nesse propósito, é a determinação de que, sempre que possível, os serviços de saneamento básico terão sua sustentabilidade econômico-financeira assegurada mediante a cobrança pelos serviços. Ou seja, a lei parte da premissa da necessidade de

¹⁵³ Conforme razões de veto: “Tal artigo é altamente questionável, uma vez que não é de competência das entidades reguladoras fixar as tarifas e sim tratar de aspectos relacionados com a execução do contrato, incluindo a qualidade dos serviços, estabelecendo normas, procedimentos para a fiscalização da prestação, incluindo os aspectos relacionados com os reajustes e as revisões de tarifa. Os aspectos relacionados com os reajustes e revisões de tarifas estão estabelecidos nos arts. 37, 38 e 39. Portanto, propõe-se o veto do art. 32”.

autossustentação da atividade. Isso não significa, porém, que haja obrigatoriedade de que a expansão dos serviços seja também custeada por meio de tarifas, ainda que a lei deixe aberta também essa possibilidade, bem como também não proíbe que haja uma política de subsídios aos próprios serviços regulares, focada em determinadas situações, como disposto expressamente em seguida.

A lei fixa diretrizes para a instituição de “*tarifas, preços públicos e taxas*” para os serviços de saneamento, variando conforme o regime de prestação, e cuja discussão acerca da natureza jurídica é propositalmente contornada. Isso provavelmente se dá em razão da controvérsia doutrinária ainda existente acerca do assunto, especialmente na época da discussão do projeto de lei.¹⁵⁴ A menção a diversas nomenclaturas não é banal, e a preocupação com uma possível rigidez jurídica acerca da natureza das remunerações pelos serviços se torna explícita quando se analisam as razões de veto dos artigos 33 e 34 da lei, os quais são incisivos ao mencionar a cobrança por tarifa, sem referência a outras figuras¹⁵⁵.

Observa-se que as diretrizes tarifárias da lei consistem em ferramentas ao mesmo tempo bastante flexíveis e potencialmente efetivas à disposição da Administração para a concretização dos objetivos gerais da política nacional de saneamento, em especial a universalização dos serviços. Flexíveis, de um lado, porque preveem diretrizes aplicáveis conforme o regime de prestação de serviço, público ou concedido. Potencialmente efetivas, de outro, porque permitem expressamente a utilização tarifária para o enfrentamento de questões distributivas próprias ao saneamento, como a existência de localidades de baixa renda e parca infraestrutura, onde a autossustentação é impossível, ou mesmo o custeio dos investimentos com expansão dos serviços, providência também focada na população dos extratos mais baixos da sociedade.

Entre as diretrizes elencadas nos incisos do §1º do artigo 29, estão a prioridade para atendimento de funções essenciais relacionadas com a saúde pública, a ampliação do

¹⁵⁴ BOLZAN, Fabrizio. A natureza jurídica da contraprestação pecuniária nos serviços de saneamento básico: taxa ou tarifa? In: PICININ, Juliana et al (Org.). *Saneamento Básico – Estudos e pareceres à luz da Lei 11.445/2007*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 161.

¹⁵⁵ Conforme as razões de veto: “Esse dispositivo é conflitante com o inciso I do art. 29, pois estabelece a tarifa como a única forma de cobrança pela prestação dos serviços de abastecimento de água. O inciso I do art. 29 ao estabelecer que a tarifa será utilizada de maneira preferencial, admitindo explicitamente a existência de outros preços públicos, aborda a questão de forma mais adequada. Além disso, o art. 33 ao estabelecer que as tarifas serão fixadas com base no volume consumido, seja medido ou estimado, impossibilita a adoção do mecanismo de tarifas mínimas e de tarifas sociais. Tal fato pode inclusive implicar em aspectos de saúde pública, sendo indutor de consumo abaixo do mínimo recomendado, principalmente junto aos consumidores de baixa renda, com menor capacidade de pagamento. Portanto, diante do conflito entre os dois dispositivos mencionados, propõe-se a manutenção do disposto no I do art. 29 e o veto do caput do art. 33”.

acesso de cidadãos e localidades de baixa renda, a geração de recursos necessários para realização de investimentos, a inibição ao consumo supérfluo e ao desperdício, recuperação de custos incorridos, remuneração adequada do capital investido pelos prestadores, estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, e incentivos à eficiência dos prestadores de serviços.

Muito além de consistirem em mandamentos principiológicos pouco palpáveis, retóricos ou meramente programáticos, de baixa aplicabilidade prática, as diretrizes tarifárias mencionadas pela lei são, pelo contrário, um verdadeiro “caminho das pedras” para equacionamento de algumas das principais questões do setor, como as formas de financiamento e a desigualdade material na prestação dos serviços, o que será mais à frente tratado. Mais uma vez, a lei deixa à disposição do administrador público, como ferramentas práticas, uma série de possibilidades, a enriquecer o alcance e forma de se desenvolver, em cada situação concreta, nos âmbitos regionais ou locais, a ação governamental. São previstos também, como variáveis incidentes sobre a política de remuneração e cobrança, fatores como categorias de usuários, quantidade de consumo, padrões de uso, quantidades e custo mínimos de consumo, ciclos de aumento de demanda e a capacidade de pagamento dos consumidores.

A lei traz uma disciplina própria e razoavelmente detalhada sobre subsídios à prestação de serviços de saneamento e sua forma de aplicação. Subsídio, no direito financeiro, pode ser conceituado como “instrumento de transferência de recursos do governo para os particulares independentemente do fornecimento de bens ou serviços, mas vinculados a certa ‘performance’ econômica pelo beneficiário”¹⁵⁶. Como já mencionado, a Lei 11.445/07 conceitua o subsídio especificamente no saneamento básico como um instrumento de garantia da universalização, com foco nas populações e localidades de baixa renda.

Os subsídios, no saneamento¹⁵⁷ são classificados como diretos (quando voltados a determinados usuários do serviço) ou indiretos (se direcionados ao prestador). Quanto à fonte, os subsídios são classificados em tarifários e fiscais. Os primeiros ocorrem nas hipóteses em que os subsídios integram a estrutura tarifária dos serviços, ou seja, quando são custeados pela própria remuneração dos serviços no âmbito de um mesmo prestador; já os segundos, quando proveem de alocação de recursos orçamentários, ou seja, quando a

¹⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 203.

¹⁵⁷ Conforme a Lei 11.445/07.

fonte de custeio para os subsídios utilizados advém de fora da estrutura da prestação de serviços, dependendo da dinâmica orçamentária específica de cada ente federativo. Quanto à abrangência territorial, podem ser ainda internos a cada titular de serviço ou entre localidades, nas hipóteses de gestão associada e prestação regional.

Os subsídios, espécie de subvenção, são despesas públicas e devem integrar o orçamento público, sobre eles recaiando as normas relativas ao direito financeiro da Lei 4.320/64 e os princípios jurídicos relacionados, como o da transparência¹⁵⁸. O instituto do subsídio e sua regulamentação pela lei também constitui ferramenta institucional de grande potencial para aplicação concreta no âmbito da ação governamental, seja no sentido do enfrentamento de questões distributivas relacionadas ao serviço público, ou na expansão da cobertura dos serviços visando à universalização.

A lei prevê, no seu artigo 41, a possibilidade de grandes usuários negociarem suas tarifas diretamente com o prestador de serviços, se as normas de regulação permitirem. É o caso, por exemplo, de contratos de alta demanda firmados na cidade de São Paulo entre o prestador (Sabesp) e hotéis, grandes indústrias, condomínios e *shopping centers*, para desestimular o autoabastecimento por meio da perfuração de poços artesianos e implementação de sistema de água de reuso, fazendo com que essas alternativas se mostrem menos atrativas ou antieconômicas frente à prestação pela companhia.

A nosso ver, há alguma contradição entre essa previsão e as diretrizes de buscar racionalidade no consumo e, especialmente, quanto à lógica subjacente à dinâmica de subsídios. Apesar de coerente com a lógica comercial da empresa exploradora do serviço, de haver previsão expressa na Lei 11.445/07e de significar um possível ganho de eficiência por escala, tal política se mostra fortemente inadequada em cenários de crises hídricas, considerando objetivos e diretrizes mais amplos, especialmente a conservação dos recursos hídricos escassos. No mais, com relação à dinâmica e aos princípios dos subsídios, fornecer descontos para grandes consumidores constitui uma medida regressiva, ou seja, privilegia com menor preço aqueles com maior capacidade econômica para arcar com o serviço e, especialmente, sua expansão para as camadas mais pobres da população.

Ao final do capítulo que trata dos aspectos sociais e econômicos, a lei aborda a questão da amortização dos investimentos realizados pelo prestador de serviços. Trata-se de uma providência importante, já que uma das grandes lacunas da política anterior referia-

¹⁵⁸ CÂMARA, Camila G; FRANÇA, Vladimir da Rocha. O subsídio cruzado na política nacional de saneamento básico como mecanismo de garantia ao desenvolvimento sustentável e aos direitos fundamentais. In: CUNHA, Belinda Pereira da; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; DOMINGOS, Terezinha de Oliveira (Orgs.). *Direito e Sustentabilidade*. João Pessoa: CONPEDI, 2014. p. 37-63.

se justamente à definição acerca da existência ou não de eventuais créditos do prestador com relação a um contrato de longo prazo no qual foram realizados investimentos. A controvérsia tornou-se questão jurídica de alta relevância, na medida em que os contratos firmados entre municípios e companhias estaduais na época do PLANASA não dispunham, em sua maioria, sobre a disciplina dos bens reversíveis, o que gerou disputas potenciais quando do término desses contratos ou, ainda, nas hipóteses em que o poder concedente decidiu encampar os serviços. A falta de clareza acerca do volume de investimento, bem como de sua amortização ao longo do tempo e da depreciação de ativos, decorrente da precariedade e baixa institucionalização dos procedimentos, culminou na situação de grande insegurança jurídica na qual titulares do serviço e prestadores divergiam substancialmente quando ao montante e à própria existência de dever de indenizar, ao término dos contratos.

Sobre o assunto, a Lei 11.445/07 dispôs em duas vertentes. Prospectivamente, para as novas relações ou continuidade daquelas em curso, trouxe mecanismos institucionais a fim de que se contabilizem, ano a ano, com transparência e controle, a situação dos investimentos, das amortizações, depreciações e, conseqüentemente, o extrato de créditos atribuídos ao prestador de serviço.

Com relação aos contratos firmados anteriormente e por encerrar, a lei de Diretrizes do saneamento optou por alterar o texto da Lei de Concessões, em suas disposições transitórias, procurando prover de critérios mais seguros os atores envolvidos em disputas sobre indenizações de bens reversíveis. O novo §1º do artigo 42 da Lei 8.987/95 previu que, findo o prazo no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado diretamente pelo poder concedente ou delegado a terceiros. Essa disposição contribuiu para por fim à discussão judicial sobre a possibilidade de retenção dos bens – e conseqüentemente continuidade da prestação de serviço – pelo prestador, mesmo com o contrato vencido, sob a alegação de necessidade de pagamento de prévia indenização por investimentos não amortizados. Essa situação conflituosa entre titular e prestador (Município e companhia estadual, respectivamente, em quase todos os casos), representou e ainda representa uma das mais destacadas oportunidades de veto no âmbito do processo governamental, o que será mais à frente tratado.

O capítulo 7 da lei trata dos aspectos técnicos da prestação. Notam-se ao menos duas disposições relevantes à análise pretendida. A primeira, contida no artigo 45, traz a obrigação de que toda edificação permanente seja conectada às redes públicas de água e esgoto, bem como ao pagamento de tarifas decorrentes não somente do uso, mas da própria

conexão. A exceção se dá no caso de ausência de redes públicas nas localidades, admitidas, assim, soluções individuais de abastecimento de água e afastamento e destinação final de efluentes.

A segunda disposição diz respeito à previsão de que, em situações críticas de escassez de recursos hídricos que obriguem a adoção de racionamento, declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos, o ente regulador possa adotar mecanismos tarifários de contingência com o objetivo de cobrir custos adicionais, para garantir o equilíbrio econômico financeiro e a gestão da demanda. Veja-se que em São Paulo, durante a crise hídrica de 2014/2015, foram adotados tais mecanismos tarifários, porém sem que tivesse havido a declaração formal, por parte das autoridades, da ocorrência de racionamento de água. A postura, à época, foi extremamente criticada e chegou-se a propor ação judicial contrariamente às tarifas de contingência na ausência de racionamento, mas a liminar concedida, favoravelmente aos consumidores, foi cassada pelo então presidente do Tribunal de Justiça. Essa questão será abordada em maiores detalhes mais à frente.

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 recentes de elaboração de políticas no Brasil¹⁵⁹, ainda que sua existência no direito pátrio date de mais de um século¹⁶⁰. O cenário para maior desenvolvimento de mecanismos de participação como tais órgãos colegiados

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ O decreto nº 8.659, de 05/04/1911, 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”.

parte de um contexto de crise da representação política, onde o círculo governo/parlamento perde centralidade, passando a concorrer com outras arenas de escolha pública¹⁶¹. 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 legislativo.¹⁶² O caminho inverso também ocorre, com os conselhos procurando influir para alterar modificações legislativas ou do Poder executivo, muitas vezes em desvio de finalidade.¹⁶³ 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 atuações¹⁶⁴.

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 maior¹⁶⁵.

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

¹⁶¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

¹⁶² LAVALLE, Adrián G.; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. In: *Lua nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 67, p. 49-103, 2006. p. 82.

¹⁶³ Á título de exemplo, a moção nº 01/2014 do Conselho Nacional de Saúde, que manifesta repúdio à aprovação da Lei 12.873/2013.

¹⁶⁴ Cf. LAVALLE, Adrián G.; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela, op. cit., p. 83.

¹⁶⁵ GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 108.

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 um tanto quando inócua. Porém, como salienta Carolina Mota, a Lei representou um avanço do controle social de vários outros meios, como no acesso à 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 participação¹⁶⁶.

Finalmente, o capítulo 9 da lei dispõe sobre a política federal de saneamento básico. Como diretrizes, a lei elenca a prioridade para ações de equidade social e territorial, a aplicação de recursos financeiros para promoção do desenvolvimento sustentável, eficiência e eficácia, estímulo ao estabelecimento de regulação adequada dos serviços, utilização de indicadores epidemiológicos e de desenvolvimento nas ações, colaboração para desenvolvimento urbano e regional, garantia de atendimento à população rural dispersa, fomento ao desenvolvimento tecnológico, adoção de critérios objetivos de elegibilidade, adoção da bacia hidrográfica como referência para planejamento, estímulo à implementação de serviços e infraestrutura comuns a Municípios, por meio de cooperação interfederativa.

Como objetivos, são mencionados no art. 49 contribuir para o desenvolvimento nacional, a redução de desigualdades regionais, a geração de emprego e renda e inclusão social; priorizar ações e programas nas áreas habitadas por população de baixa renda; proporcionar condições de salubridade ambiental para povos indígenas e populações tradicionais, bem como populações rurais; assegurar que a aplicação de recursos públicos se dê segundo maior retorno social e eficiência; incentivar a adoção de mecanismos de planejamento, regulação e fiscalização; promover alternativas de gestão visando à autossustentação econômica dos serviços, com ênfase na cooperação federativa; promover o desenvolvimento institucional do saneamento básico, estabelecendo meios “para a unidade e articulação das ações dos diferentes agentes, bem como do desenvolvimento de sua organização, capacidade técnica, gerencial, financeira e de recursos humanos”; fomentar o desenvolvimento científico e tecnológico do setor e sua divulgação; e mitigação os impactos ambientais das ações.

¹⁶⁶ 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: _____. (Coord.). *Saneamento Básico no Brasil. Aspectos jurídicos da Lei Federal 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 268 e 282.

No artigo 50, a lei dispõe sobre as diretrizes para alocação de recursos públicos federais e financiamentos provindos de entidades ou fundos administrados pela União, prevendo o condicionamento a índices de desempenho do prestador, à eficiência dos serviços e à avaliação sobre a operação e manutenção de empreendimentos anteriormente já financiados. Estabelece-se em seguida a prioridade de aplicação de recursos não onerosos a ações que objetivem o atendimento de localidades que não possuam condições de autossustentação econômica e financeira dos serviços. No §5º, a lei prevê que a União poderá conceder benefícios ou incentivos orçamentários, fiscais ou de créditos para fomento à melhoria de operadores públicos de serviços de saneamento, com contrapartida ao alcance de metas operacionais previamente definidas.

Talvez o aspecto mais importante das disposições sobre a política federal de saneamento básico seja a determinação da elaboração, sob a coordenação do Ministério das Cidades, do Plano Nacional de Saneamento – PLANSAB, com objetivos e diretrizes de acordo com o disposto na lei. Além de características condizentes com o que se esperaria de um plano abrangente de ações do Poder Público, como definição de objetivos, metas, ações e projetos para execução, procedimentos de avaliação, etc., destaca-se a previsão contida na alínea b do inciso I do artigo 52 para que o PLANSAB contenha as diretrizes e orientações “para o equacionamento dos condicionantes de natureza político-institucional, legal e jurídica, econômico-financeira, administrativa, cultural e tecnológica com impacto na consecução das metas e objetivos estabelecidos”. Além do plano nacional, também se definiu que o Ministério das Cidades coordenaria a elaboração de planos regionais.

Finalmente, a lei define como elemento da política federal a criação do SINASA, Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico, para coleta e sistematização de dados do setor, disponibilização de estatísticas e uma série de informações para facilitar o monitoramento e avaliação da prestação de serviços de saneamento.

3.5 Demais componentes do arranjo e elementos do quadro de referência

A base jurídica da atual política é composta por textos normativos dos mais diversos níveis. O principal deles é a Lei 11.445/2007, já descrita em linhas gerais. Tem-se ainda seu decreto regulamentador, Decreto 7.217/2010, que detalhou as diretrizes para o setor e os modelos de arranjo institucional possíveis de serem aplicados pelos mais diversos atores da política. Pode-se mencionar também a Resolução nº. 33/2007 do Conselho das Cidades, que, entre outras medidas, propôs o prazo de até dezembro de 2010

para os Municípios elaborarem os seus planos de saneamento básico. Para tanto, seria utilizado o incentivo financeiro, com a ideia de que os Municípios só pudessem ter acesso aos recursos financeiros da União para aplicar em saneamento básico se estivessem em dia com tal obrigação prevista na Lei 11.445/2007, estabelecendo já alguns prazos e metas. Já a Resolução nº 75 propôs conteúdos mínimos e orientações para elaboração dos planos municipais de saneamento. O Decreto 6.942/09 veio com o intuito de acelerar a elaboração do Plano Nacional de Saneamento, com a finalidade de internalizar as metas assumidas pelo Estado em razão dos Objetivos do Milênio¹⁶⁷, diretrizes internacionais elaboradas no início dos anos 2000 no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU. Por fim, o decreto 8.141/13 e a portaria interministerial 571/13 instituíram o PLANSAB – Plano Nacional de Saneamento Básico¹⁶⁸.

A alocação de recursos para custeio e financiamento das ações de saneamento é um dos pontos mais sensíveis da política, dado o alto custo do investimento em infraestrutura. A partir de 2007, houve um incremento dos investimentos em saneamento, especialmente em razão do PAC – Plano de Aceleração do Crescimento, seja de recursos do orçamento da União, seja de recursos provenientes de fundos, como o FUNASA. O PAC destinou, a partir de 2007, 40 bilhões de reais para investimentos em água e esgoto, e o PAC 2 previu em 2010 a destinação de outros 45 bilhões.¹⁶⁹ O PLANSAB aprovado no final de 2013, cujo caráter normativo é formalmente conferido pelo Decreto 8.141/13, e indiretamente da própria Lei 11.445/07, contém diagnóstico bastante detalhado acerca dos investimentos realizados, e aqueles previstos para a concretização das metas nele contidas para o período de 2014 a 2033. O documento, contudo, por se tratar de planejamento em longo prazo, limita-se a delinear 3 cenários diferentes para os investimentos federais em saneamento, a depender de fatores conjunturais da economia, como o crescimento do PIB e relação dívida/PIB, que afetam diretamente o montante orçamentário disponível para investimentos. Esse ponto será melhor explorado mais à frente, pois representa uma das incongruências da política atual.

Acerca do processo de planejamento, pode-se observar ênfase condicionante muito forte na Lei 11.445/07, quando determina a elaboração dos Planos Municipais de Saneamento Básico pelos Municípios e sua revisão quadrienal (o que coincide com

¹⁶⁷ Disponível em <https://nacoesunidas.org/tema/odm/>. Acesso em: 08 maio. 2016.

¹⁶⁸ Referenciado no decreto também pela sigla PNSB. Porém, mais comumente referido como PLANSAB.

¹⁶⁹ ALBUQUERQUE, Guilherme da Rocha. Estruturas de financiamento aplicáveis ao setor de saneamento básico. *BNDES Setorial*, n. 34, p. 45-94, 2011. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set3402.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2016.

planejamentos plurianuais de outras ordens), inclusive com mecanismos coercitivos e de incentivos à sua concretização, notadamente a gestão dos recursos da União destinados a investimentos no setor. Contribuição importante da Lei 11.445/07 é a criação do SNIS – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, que procura uniformizar a coleta e a disponibilização de dados sobre o setor. No estágio de definição e agenda conforme o ciclo de políticas públicas, o SNIS é ferramenta de grande utilidade. O sistema coleta e padroniza os dados sobre o setor, fornecendo informações essenciais para a correta identificação de problemas, atividade que pode e deve ser feita constantemente com o desenvolvimento da política, na medida em que seus impactos começam a ser percebidos e novas prioridades passam a ser identificadas.

As normas vigentes, ao mesmo tempo em que já definem diretrizes e caminhos mais perenes, como a busca da universalização, a regionalização e requisitos de contratos e planos, preveem também a participação conjunta dos diversos entes na elaboração de objetivos, bem como trazem como princípio o controle social, garantindo que o conteúdo elaborado não destoe dos interesses dos destinatários. A legislação atual deu especial ênfase ao aspecto do planejamento, determinando a elaboração de planos municipais de saneamento revisáveis a cada quatro anos, e também aos instrumentos coercitivos ou de incentivos que a União teria para induzir determinados comportamentos de outros entes autônomos.

No mais, há no marco normativo uma regulamentação mais clara das diversas formas pelas quais o governo pode implementar uma política, ou, especificamente, prestar o serviço de fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, seja por meio de cooperação com outros entes, seja por meio de concessões ou diretamente. Em termos de avaliação, o PLANSAB já prevê os meios e a periodicidade para seu acompanhamento, com a definição dos órgãos e pessoas responsáveis por acompanhar e reavaliar constantemente a implementação da política, permitindo constante aperfeiçoamento e adaptação. Os desafios remanescentes e os aspectos críticos do desenho institucional, especialmente a falta de articulação entre os entes federativos (e por vezes até o conflito direto), a falta de complementariedade benéfica entre o setor público e as concessionárias privadas e o obstáculo do financiamento de investimentos são significativos, porém passíveis de superação por meio de mudanças incrementais.

Entre os atores governamentais relevantes na execução das políticas, citam-se especialmente os Municípios. A esse respeito, cabe salientar que, em oposição ao modelo anterior do PLANASA, a nova Política Nacional de Saneamento se amolda ao novo papel

político dos Municípios após a Constituição de 1988. Como citado, nas décadas anteriores, o modelo de desenvolvimento do setor 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 na década de 1970, predominantemente. 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. Lista-se entre os agentes governamentais também as companhias ou órgãos municipais de saneamento básico, responsáveis pela gestão local dos serviços, e as companhias estaduais de saneamento básico. Essas últimas tiveram papel preponderante durante a vigência do PLANASA. Deve-se mencionar ainda os conselhos de participação, em especial o Conselho das Cidades, responsável pela proposição de alguns dos textos normativos mais relevantes do setor, bem como o Ministério das Cidades, o qual concentra funções de articulação federativa, especialmente de assistência técnica aos Municípios.

Já como atores não governamentais, devem ser mencionadas as empresas exploradoras de concessões de serviço de saneamento, que podem, mediante a participação em processos de licitação específicos para esse fim, exercer as atividades de fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto por concessão dos Municípios titulares. Por diversas razões, a participação dessas empresas no montante de usuários atendidos nacionalmente ainda é baixa. Segundo dados da ABCON¹⁷⁰ em levantamento realizado em 2013, as empresas privadas atuam de alguma forma em 297 cidades, atingindo o percentual de 5% dos Municípios nacionais. Em razão de dificuldades de ordem institucional e concorrência com as companhias estaduais prejudicada (muito em função da previsão de dispensa de licitação para contratação de empresas estatais e ainda da falta de estrutura dos Municípios concedentes para estruturarem processos licitatórios visando a uma contratação complexa e de longo prazo), muitas dessas empresas passaram a atuar em conjunto com as companhias estaduais de saneamento, por meio de contratação de PPPs ou obras determinadas, sem que haja relação jurídica direta entre elas e os poderes concedentes.¹⁷¹ Também são atores não governamentais os usuários do serviço público, ou mesmo os cidadãos não atendidos pelos

¹⁷⁰ Associação Brasileira das Concessionárias Privadas dos Serviços Públicos. Dados disponíveis em <<http://abconsindcon.com.br/sobre-o-saneamento/numero-do-segmento-privado/>>. Acesso em: 17 maio. 2017.

¹⁷¹ Como, por exemplo, o Projeto de PPP da Sabesp em parceria com a Galvão Engenharia S.A. e Companhia Águas do Brasil (CAB Ambiental) para Sistema da Estação de Tratamento de Água de Taiaçupeba, amplamente noticiada à época de sua criação, em 2008.

serviços, já que o controle social consta como um dos princípios da política, positivado na Lei 11.445/07¹⁷².

Apresentados os principais elementos do arranjo jurídico-institucional da política de saneamento, cabe, no próximo capítulo, explorar as disputas em torno de sua formulação e execução, os defeitos jurídico-institucionais que a permeiam e evidenciar a relação entre política e direito nos contornos do regime de efeitos.

¹⁷² ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito ao saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico*. Campinas: Millenium, 2010, p. 15: “Da transparência nascem as condições para o exercício do controle social, o qual não poderá ser tão somente uma fórmula semântica. Para ser “controle” deverá ser “efetivo”; assim, precisa ter condições de “efetividade”. Por meio do Princípio do Controle Social poder-se-ão discutir as opções tomadas pelos gestores dos serviços de saneamento. A questão delicada será detectar até que ponto se podem discutir as opções técnicas, especialmente perante o Poder Judiciário, sem que se viole o Mérito Administrativo”.

4 O SETOR DE SANEAMENTO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO

É pressuposto deste trabalho a noção de política pública composta por processos juridicamente regulados. Para a finalidade aqui pretendida, serão abordados aspectos especificamente relacionados ao processo legislativo, ao processo judicial e ao processo governamental, com vistas a evidenciar a relação entre direito e política no setor de saneamento básico.

4.1 Processo legislativo: campo natural dos embates

No período pós-PLANASA, a discussão acerca de um novo marco normativo para o setor de saneamento se intensificou. No início da década de 1990, em razão do conjunto de proposições e medidas econômicas liberalizantes, formulado por economistas e fomentado por instituições financeiras como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial como receituário para governos de países em desenvolvimento¹⁷³, houve grande pressão para que o modelo antes eminentemente público passasse a integrar cada vez mais elementos que incluíssem a gestão privada num eventual novo arranjo institucional. Organismos internacionais frequentemente condicionavam o financiamento de projetos de desenvolvimento em áreas de infraestrutura à aceitação e implementação de postulados como a gestão privada de serviços, participação de investimento privado e a desestatização em geral¹⁷⁴.

Houve uma série de incentivos do governo federal para que os governadores dos Estados implementassem programas de privatização das companhias estaduais, iniciativas estas que sofreram resistências bem sucedidas pela ação organizada de grupos de interesses que se beneficiavam da estrutura centralizada e pública. Tal aglutinação de interesses se deu em torno da defesa da governança estatal para o setor de saneamento, cujos principais beneficiários seriam atores ligados às atividades e cadeia produtiva das companhias estaduais, os altos escalões dos governos estaduais e das empresas públicas, seus

¹⁷³ Conhecidas também como Consenso de Washington, as dez medidas econômicas tomadas por essas instituições financeiras internacionais como receituário recomendado aos países em desenvolvimento estão descritas em artigo do economista John Williamson. Cf. WILLIAMSON, John: What Washington Means by Policy Reform. In: _____ (Ed.): *Latin American Readjustment: How Much has Happened*. Washington: Institute for International Economics, 1990. p. 5-20. Entre as recomendações, estão a adoção de política fiscal mais rígida, a desregulamentação, a abertura comercial e financeira e a privatização de estatais.

¹⁷⁴ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, v.23, n.3, pp. 615-634, 2016. p. 627.

funcionários e os fornecedores privados a elas vinculados.¹⁷⁵ Os potenciais interesses contrariados seriam vários: a disposição de cargos para compor barganhas em negociações políticas nos Executivos, a manutenção de empregos os quais poderiam ser reduzidos para ganho de eficiência, a manutenção de condições favoráveis para fornecedores, entre outros¹⁷⁶.

A iniciativa desses grupos de interesse se mostrou, desde o início, bem sucedida. Chegou a ser aprovado nas duas casas legislativas, inclusive, Projeto de Lei (PLC 199/93, conforme nomenclatura assumida no Senado, ou PL 53/1991, nomenclatura da Câmara), de autoria da Deputada Irma Passoni, do Partido dos Trabalhadores, que instituía uma Política Nacional de Saneamento. O projeto reafirmava a titularidade dos Municípios, e previa de forma genérica e sem detalhamento a competência dos Estados para organizar, planejar e executar “funções de saneamento de interesse comum” nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. A despeito de trazer também normas, sem detalhes, sobre contratos de concessão, o caráter geral do projeto era o de prestígio às administrações municipais e estaduais, e, principalmente, uma afirmação do protagonismo do Estado na gestão e provimento dos serviços de saneamento, em detrimento da gestão e do investimento privado¹⁷⁷.

O projeto de lei procurava criar as bases para uma nova política estruturada de modo a compor novos 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 ambiente¹⁷⁸.

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. Tais previsões do projeto acerca dos contratos decorriam também do fato de que os contratos anteriormente firmados

¹⁷⁵ SOUSA, Ana Cristina Augusto de; COSTA, Nilson do Rosário. Ação coletiva e veto em política pública: o caso do saneamento no Brasil (1998-2002). *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 8, p. 3541-3552, 2011.

¹⁷⁶ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de, op. cit., p. 628.

¹⁷⁷ Conforme texto original publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, página 1936 e seguintes, de 15 de março de 1991.

¹⁷⁸ Art. 2º do projeto.

entre as empresas estaduais e os Municípios, sob a égide do regime militar nos tempos de PLANASA, raramente continham quaisquer dispositivos que fornecessem elementos para uma correta aferição sobre bens reversíveis, sua depreciação e eventuais indenizações devidas ao término do contrato. Como será visto mais à frente, isso causou problemas práticos relativos à tentativa de retomada do serviço por parte de alguns Municípios quando findos os prazos contratuais, como a tentativa das empresas estaduais de retenção dos bens reversíveis e disputas judiciais acerca da obrigação (se prévia ou não) de pagamento de indenização por bens reversíveis não amortizados para fins de retomada dos serviços pelos Municípios, seja para gestão própria ou para nova concessão,

A despeito da reafirmação da força dos Municípios e também, de certo modo, dos Estados, 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. À União caberia também a coordenação e fomento do saneamento em nível nacional, por meio do Plano Quinquenal Nacional de Saneamento a ser aprovado pelo Congresso, bem como todo tipo de incentivo ao planejamento próprio de Estados e Municípios. Ainda seria de incumbência da União a coleta e sistematização de informações.

Seriam criados alguns instrumentos com alto grau de institucionalização, a saber: um Conselho Nacional de Saneamento (órgão deliberativo de nível estratégico superior), a Secretaria Nacional de Saneamento (órgão executivo), e o Fundo Nacional de Saneamento – FUSAN, objetivando equacionar os desafios de financiamento do setor, extremamente esvaziado pelo definhamento das instituições componentes do Planasa. O FUSAN possuiria como fontes recursos das mais variadas espécies e proveniências, como contribuições de organismos internacionais, recursos dos Estados e Municípios, recursos do FGTS e do sistema de seguridade social, entre outros.

O projeto de lei, aprovado em etapa final no Senado em fins de dezembro de 1994, foi integralmente vetado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso em 04 de janeiro de 1995, sob a justificativa de ser contrário ao interesse público. 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. Ainda que não tenha explicitamente feito referência a esses motivos, pode-se extrair da mensagem de veto do Presidente da República o descontentamento com a forma com que o projeto lidava com a questão de saneamento, que colocava o Estado como protagonista, ao fazer referência à possível burocratização e oneração da ação governamental por meio da instituição de mecanismos de gestão e financiamento focados no Estado:

MENSAGEM Nº 4, DE 4 DE JANEIRO DE 1995. Senhor Presidente do Senado Federal, Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar integralmente o Projeto de Lei nº 199, de 1993 (nº 53/91 na Câmara dos Deputados), que "Dispõe sobre a Política Nacional de Saneamento, seus instrumentos e dá outras providências". O Ministério da Fazenda assim se manifestou: "Em que pese o louvável propósito da ilustre parlamentar, há que registrar, sob o enfoque econômico, as seguintes observações: a) saneamento é atribuição do governo local, cabendo à União instituir as diretrizes para o saneamento básico; b) **a criação do Sistema Nacional de Saneamento, do Conselho Nacional de Saneamento e sua Secretaria Executiva, a instituição de Planos Quinquenais e a exigência de elaboração de relatórios anuais sobre a situação de salubridade ambiental no Brasil contribuirão não só para burocratizar, como para onerar a ação governamental no setor**; c) a constituição do FUSAN, por sua vez, apresenta inconvenientes tais como: i) possibilidade de transferir indiretamente à União gastos próprios de Estados e Municípios; ii) dificuldades operacionais na administração do Fundo, vez que o projeto de lei prevê recursos orçamentários de diferentes esferas (federal, estadual e municipal); iii) conflito de objetivos com o FGTS e a Seguridade Social, que têm políticas e administrações próprias." A proposição, portanto, é contrária ao interesse público. Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar totalmente o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional. Brasília, 4 de janeiro de 1995. (Destaque nosso).

Nota-se, da análise da mensagem de veto, o viés político liberal ao extremo ao taxar de excessiva burocratização instituições como plano quinquenal e um sistema nacional de coordenação do setor. Ou seja, pelas concepções do governo à época, expressas de forma sucinta na mensagem de veto, o papel do Estado no setor não só não deveria ser o de prestador, como também as funções planejadora e coordenadora não seriam de sua alçada.

Em oposição a essa visão, o Projeto de Lei do Senado 266/1996, de autoria do Senador José Serra, trazia as bases para uma nova política, alinhada com a ideia de privatização do setor, bem como com os defensores da titularidade estadual em regiões

metropolitanas e conglomerados urbanos. O projeto, aprovado nas comissões permanentes, não chegou a ser votado, mas anexado a outras proposições¹⁷⁹.

Imbuído da ideia de privatização do setor, o Governo Federal criou, em 1997, o Programa de Financiamento a Concessionários Privados de Saneamento, para estimular a atuação das empresas privadas com vistas a aumentar a cobertura dos serviços, por meio da Resolução nº 267/97, do Conselho Curador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS¹⁸⁰. Concomitantemente, partiu para a negociação de um novo marco legal com parte dos grupos de interesse resistentes à mudança. O governo propôs então a estadualização definitiva dos serviços. De um lado, essa proposta agradava aos estadualistas, herdeiros da estrutura centralizada do Planasa. De outro, servia ao mesmo tempo para viabilizar economicamente as privatizações, na medida em que a centralização definitiva do poder concedente nos Estados evitaria que os Municípios ricos se evadissem por caminhos autônomos, o que prejudicaria o retorno econômico do empreendimento¹⁸¹.

Ainda que os estadualistas fossem melhor contemplados pelas propostas, remanesciam as desconfianças quanto às intenções privatistas do governo federal, bem como a rejeição à ideia de subordinarem-se a uma agência reguladora (Agência Nacional de Águas – ANA)¹⁸². Assim, estadualistas e municipalistas se reuniram constituindo um bloco organizado de defesa de seus interesses, chamado Frente Nacional pelo Saneamento Ambiental, em 1997, o qual foi decisivo para evitar a privatização em larga escala nos anos seguintes¹⁸³.

No início de 2001, o Executivo Federal apresentou novo projeto de lei, o PL 4.147/2001, congregando todas as diferenças de visão de Estado em relação ao anteriormente aprovado e vetado pelo Presidente da República. 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.

¹⁷⁹ 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 (Orgs.). *Política Pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo horizonte: Fiocruz, 2013, p. 478.

¹⁸⁰ CAMATTA, Adriana Freitas Antunes. *Saneamento Básico. Desafios na universalização frente aos impasses econômicos e sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.44.

¹⁸¹ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v.23, n.3, pp. 615-634, 2016. p. 628.

¹⁸² COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v.23, n.3, pp. 615-634, 2016., p. 628.

¹⁸³ SOUSA, Ana Cristina Augusto de; COSTA, Nilson do Rosário. Ação coletiva e veto em política pública: o caso do saneamento no Brasil (1998-2002). *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 8, p. 3541-3552, 2011. p. 3545.

Inicialmente, como grande diferencial, preconizou a organização da prestação de serviços de saneamento com base nas bacias hidrográficas e estrutura da rede urbana, em detrimento dos limites político-territoriais dos entes federativos. A preocupação com a viabilidade econômico-financeira das operações também é percebida em dispositivos que preveem que a área geográfica das concessões deverá 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 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 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.

Porém, a união dos dois grandes grupos de interesse da época, os estadualistas e os municipalistas, 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. Ressalte-se que, na época, já havia também um movimento crescente e forte de oposição ao governo FHC, capitaneado pelo Partido dos Trabalhadores, no sentido de rejeitar as medidas tidas como neoliberais, o que também contribuiu para que a questão não progredisse.¹⁸⁴ Por fim, não havia, na época, outros grupos de interesse organizados que pudessem fazer frente no mesmo nível que a Frente Nacional pelo Saneamento Ambiental, já que as operadoras privadas de serviços de água e esgoto ainda eram poucas, e não mobilizadas.

¹⁸⁴ A título de curiosidade, durante o processo de tramitação, foram juntadas, conforme consta de documento extraído do site da Câmara dos Deputados, sete caixas contendo assinaturas em manifesto de repúdio ao projeto de lei. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26401>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

Observa-se que, do ponto de vista da teoria de oportunidades de veto, a manutenção do *status quo* se deveu tanto à oportunidade de veto pela falta de sanção por parte do Executivo ao PL 53/1991 (PLC 199/93), quanto, em momento posterior, pelo exercício de oportunidades de veto por grupos de interesse quando da tramitação do PL 4147/2001. Assim, no primeiro caso, vê-se a hipótese mais comumente abordada nos trabalhos neoinstitucionalistas que seguem a linha da Escolha Racional, nos quais o papel do Executivo é muito menos de protagonista na criação de políticas e mais como um “chancelador” ou supressor de iniciativas construídas no parlamento. Já no segundo caso, observam-se fenômenos de maior destaque nos trabalhos da linha neoinstitucionalista histórica, nos quais o Executivo é o motor das grandes reformas e os vetos relevantes se dão no âmbito do próprio Poder Legislativo, ou então por meio de apreciação posterior pelo voto popular em referendo.

O vazio institucional e a ausência de diretrizes gerais para o setor avançou pela década de 2000, com as já mencionadas discussões e embates acerca de projetos de lei sobre o tema, sem que se obtivesse êxito na produção de consenso. 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 11.445/07, portanto quase 20 anos após a Constituição de 1988 e a decadência do modelo centralizador do PLANASA. O surgimento de novo marco regulatório do setor em 2007 trouxe as condições para que a política voltasse a se desenvolver de forma ordenada, deu fim ao período de maior indefinição e possibilitou a retomada de um ciclo de formação mais fluido, culminando ainda na edição do recente Plano Nacional, o PLANSAB. No atual contexto, independentemente do mérito das diretrizes positivadas, o grau de institucionalização atingido trouxe mais segurança quanto à continuidade das ações e sua transcendência entre diferentes governos.

Porém, até que se conseguisse chegar nesse resultado, percorreu-se um caminho complexo e difícil. Afastada a ameaça 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 (por consequência da eleição de Luís Inácio Lula da Silva à presidência), os dois grupos de interesse, que outrora estavam unidos em prol de um objetivo comum, 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 (que se tornaram hegemônicos na FNSA) quanto com os estadualistas. O governo apresentou, então, o PL 5.296/2005, na Câmara dos Deputados, 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, além de afirmar a titularidade municipal do serviço. O projeto sofreu 862 emendas, a maioria delas contemplando os interesses dos estadualistas. Entre os pontos mais atacados estavam a instituição do SISNASA – Sistema Nacional de Saneamento (que previa a subordinação da ação e financiamento dos prestadores a normas instituídas pelo governo federal), a instituição de fundos federativos como meio de financiamento (em oposição aos subsídios cruzados), e a criação de conselhos deliberativos de políticas públicas para o setor.¹⁸⁵

O SISNASA contrariava os interesses dos estadualistas, na medida em que potencialmente representaria um deslocamento das decisões acerca de financiamento e ações governamentais para o âmbito do governo federal, em sobreposição aos Estados. Os fundos federativos, por sua vez, também eram indesejados pelos estadualistas, na medida em que pressuporiam, necessariamente, mecanismos de governança mais igualitários e representariam uma nova distribuição de poder sobre os recursos financeiros.

Cabe lembrar que, alternativamente, o financiamento do saneamento básico no âmbito dos estados se apoiava muito nos 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 investimentos.¹⁸⁶ 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,

¹⁸⁵ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v.23, n.3, pp. 615-634, 2016. p. 629.

¹⁸⁶ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v.23, n.3, pp. 615-634, 2016. p. 629.

representou a possibilidade de um controle social efetivo sobre uma atividade que nunca havia tido qualquer tipo de controle externo¹⁸⁷.

Esses três pontos principais – o SISNASA, o fundo financiador e a forma de controle social –, além da própria questão da titularidade, foram os fatores de disputa mais acirrada entre os municipalistas, contemplados pela proposta inicial do governo, e os estadualistas.

Paralelamente ao PL 5296/2005, o lobby dos estadualistas emplacou um outro projeto de lei no Senado, que possuía caráter totalmente diverso daquele proposto pelo governo. A autoria do PLS 155/2005 coube ao Senador Gerson Camata, ex-governador filiado ao PMDB do Espírito Santo, e alinhado aos interesses das companhias estaduais. Esse alinhamento fica claro, inclusive, no pronunciamento que fez em 12/05/2005 no Senado Federal, por ocasião da apresentação do projeto, sendo alguns trechos bastante elucidativos:

Este projeto de lei é o resultado das reflexões e do trabalho dos governos estaduais, por meio do Fórum Nacional dos Secretários Estaduais de Saneamento, presidido pelo secretário de Obras Públicas e Saneamento do Rio Grande do Sul, Frederico Cantori.

O projeto recebeu também contribuições importantes de outras entidades, como a Aesbe, Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento Básico -- que reúne empresas responsáveis por 77 por cento dos serviços de abastecimento de água e por 55 por cento dos serviços de esgotamento sanitário no País - e de técnicos e juristas altamente especializados.

O texto do projeto de lei não tem a pretensão de reinventar a roda. Ele define, com clareza e objetividade, o saneamento básico, e, a partir da realidade concreta, os serviços de saneamento básico de interesse local e aqueles onde, pela existência de infra-estruturas que atendem diversos municípios, predomina o interesse comum.

Observando estritamente os mandamentos constitucionais, o projeto se limita a definir diretrizes gerais. Estados e municípios têm sua autonomia preservada para decidirem como devem cumprir tais diretrizes, como devem planejar, regular e prestar os serviços, como devem estabelecer os mecanismos de participação e controle social.

Sabemos que a principal razão para o reduzido volume de investimentos no setor de saneamento básico é a ausência de um marco regulatório que estabeleça regras para a prestação dos serviços. Falta-nos uma definição dos direitos e deveres dos titulares, das concessionárias e dos usuários. O debate sobre o tema é muito longo, já dura uma década, e nenhuma das propostas apresentadas até agora conseguiu alcançar o desejado consenso.

Acredito que este projeto de lei, além de observar estritamente os preceitos constitucionais, proporciona clareza regulatória e estabilidade de regras, dois fatores tão necessários à viabilização de investimentos, tanto de prestadores públicos como de concessionários e parceiros privados.

Ele respeita o pacto federativo, estimula as associações, os consórcios e a prestação regional de serviços. Também estabelece que o saneamento básico deve ser articulado com as políticas de desenvolvimento urbano e habitação, de

¹⁸⁷ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v.23, n.3, pp. 615-634, 2016. p. 629.

combate à pobreza, de proteção ambiental e de promoção da saúde. Cria ainda modernas condições contratuais e regulatórias para o relacionamento entre municípios, Estados e empresas estaduais de saneamento [...].¹⁸⁸

Enquanto o projeto do governo tinha toda a influência do grupo municipalista, cujos integrantes passaram a integrar quadros do governo federal após a eleição de 2002, o PLS 155 foi construído por meio do debate de grupos não representados na estrutura do Executivo. A apresentação do projeto e o amplo apoio dos estados 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, assim como a criação de fundos federativos e conselhos de participação social de caráter deliberativo. A questão da titularidade, inicialmente reafirmada no texto original como sendo dos Municípios, foi retirada do texto final aprovado, restando a lei omissa nesse ponto. Cabe aqui salientar também a influência da disputa judicial acerca do tema, tratada mais à frente neste trabalho, à qual também se pode atribuir parte da indefinição legislativa sobre o tema quando da aprovação do projeto. A Lei 11.445/07, o marco do setor, foi sancionada com a aprovação do Projeto de Lei 7.361/06, resultado da negociação final com base no PL 5.296/05 e no PLS 155¹⁸⁹.

O resultado final observado em termos de processo legislativo pode ser explicado, do ponto de vista dos critérios do neoinstitucionalismo histórico, por fatores atribuíveis à *path dependency*, ou dependência de trajetória, tratada na parte teórica do trabalho. Em meio ao vazio jurídico-institucional que caracterizou a década de 1990 até 2007, com a aprovação do novo marco normativo, o que se observou no setor de saneamento foram ações ditadas essencialmente pelos atores e grupos de interesse que já haviam se consagrado em meio ao arranjo institucional anterior.¹⁹⁰ As companhias estaduais, as quais eram responsáveis pelo serviço de água e esgoto na maioria dos Municípios durante a vigência de instrumentos contratuais singelos ou muitas vezes sem qualquer formalização escrita, continuaram como protagonistas no novo cenário. Durante todo o PLANASA, elas figuraram como grandes atores complementares no modelo centralizador, na medida em que tenderam a concentrar a gestão dos serviços de fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto da maior parte dos Municípios de maior relevância.

¹⁸⁸ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/354185>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

¹⁸⁹ DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e arcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 174.

¹⁹⁰ COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de, op. cit., p. 632.

Durante o regime autoritário, em meio a um cenário político de pouco favorecimento da participação democrática na elaboração de agendas governamentais e de pouca voz institucional dos Municípios, estes se viam pressionados a firmar contratos de longo prazo com as companhias estaduais de saneamento para a prestação dos serviços, o que não raro deixava de lado considerações acerca dos interesses locais e particularidades da prestação, especialmente em áreas onde a atividade não era viável economicamente, dependendo de investimentos não autossustentáveis e subsídios cruzados. O peso institucional que as companhias estaduais tiveram foi tal que, mesmo após a mudança do modelo e o vencimento dos contratos de concessão firmados, elas ainda são responsáveis pela maior parte dos serviços prestados, e têm uma influência muito grande nos rumos do serviço público de saneamento.

Hoje em dia, porém, assumem caráter um pouco diverso. Parte delas optou, inclusive, pela abertura de capital, como no caso da Sabesp. Cita-se ainda o caso da Saneatins, companhia estadual de saneamento de Tocantins, criada por ocasião do desmembramento da Companhia de Saneamento de Goiás – Saneago, em 1989, e que posteriormente passou a ser controlada pela iniciativa privada, com a aquisição de seu controle acionário pelo Grupo Odebrecht. A despeito dessa mudança de perfil, as companhias estaduais controladas pelo Estado contam com a prerrogativa, contida na Lei de Consórcios Públicos, de firmarem contratos de programa com os Municípios titulares dos serviços sem licitação (hipótese de dispensa).

A possibilidade de celebração de contratos sem licitação, aliada à característica atual de governança das companhias, especialmente as que têm capital aberto, trouxe distorções para o curso natural do desenvolvimento das ações de saneamento. As companhias estaduais, com todo o peso político do Estado controlador, fizeram enorme pressão sobre os Municípios para que estes renovassem seus contratos de concessão firmados na década de 1970, não raro por até 30 anos. Alguns dos instrumentos de pressão consistem na cobrança de vultosas indenizações por conta da retomada dos serviços em razão do termo final do contrato ou a retenção de bens reversíveis, além de outras formas que envolvam outras ações governamentais fora do âmbito das companhias estaduais.¹⁹¹

¹⁹¹ 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. Cita-se como exemplo de caso concreto a assinatura do contrato de programa entre a Sabesp e o Município de Lorena em 2007, no curso do procedimento licitatório que objetivava a concessão do serviço à iniciativa privada, dias antes da data prevista para entrega das propostas.

Por meio desses mecanismos, algumas companhias estaduais renovaram praticamente todos os seus contratos antigos com os Municípios, concorrendo com as concessionárias privadas interessadas de forma muito vantajosa, e tudo isso num contexto de ausência de uma nova política pública devidamente institucionalizada.

A dependência da trajetória fica evidente depois que o PLANASA é oficialmente revogado e o setor passa a ser pautado não mais por diretrizes centrais, mas pela inércia decorrente do antigo modelo. É fundamental, porém, refletir sobre como e em que grau se deu a *path dependency* no contexto do novo marco legal aprovado em 2007, ou seja, qual a real influência da trajetória sobre a nova política nacional de Saneamento Básico do Brasil e suas consequências sobre a dinâmica de implementação da política pública.

Da mesma forma, e relacionada à dependência de trajetória, se afigura bastante visível a forma desigual com que as instituições do período não democrático distribuíram desigualmente o poder, conforme categoria enfatizada pelo neoinstitucionalismo histórico. Assim, o privilégio a determinados atores (no caso, as companhias estaduais de saneamento básico), lhes conferiu peso institucional tal que, mesmo diante de uma nova reconfiguração político-jurídica do Estado brasileiro, eles foram decisivos para a manutenção de determinados quadros fáticos, a despeito da reforma da legislação. O maior exemplo dessa situação é a continuada prevalência da prestação de serviços por meio das companhias estaduais e, portanto, sob controle dos Estados, ainda que, por vezes, com a participação do capital privado.

4.2 Processo judicial: a rota das questões não resolvidas

Aprovado o novo marco legal e depois de muito tempo e duas gestões governamentais ideologicamente contrapostas, resta superada a seara legislativa como o principal ambiente de performance e resolução de conflitos e de visões entre os diversos grupos de interesse relativos ao setor. Isso não significa, porém, que as disputas tenham se encerrado, haja vista que elas continuaram ou mesmo se intensificaram, em paralelo, nas outras esferas de processualidade componentes das políticas públicas, em especial o processo judicial e o processo governamental.

O processo judicial, como componente destinatário e canalizador de conflitos oriundos da efetivação de políticas, tem especial influxo, direto e indireto, sobre o desenvolvimento do setor de saneamento básico no Brasil, na sua implementação e, ainda,

na sua própria reformulação pós-PLANASA, considerando especialmente a teoria das oportunidades de veto aplicadas ao Poder Judiciário.

Do ponto de vista do processo judicial, podem ser identificados três temas jurídicos principais, em planos e momentos diferentes da política pública, cujas decisões – ou a falta delas – são determinantes do quadro jurídico institucional da política de saneamento e, ainda, do grau e sucesso de implementação da política vigente. O primeiro, sem dúvida, é a discussão acerca da competência para a prestação do serviço de saneamento e, por consequência, a titularidade do poder concedente. O segundo tema concentra as discussões sobre política tarifária aplicável aos serviços. E, finalmente, o terceiro tema é de crescente importância para a análise de políticas públicas em geral, qual seja, as intervenções mandatórias do Judiciário relacionadas às omissões do Poder Executivo no cumprimento de direitos sociais.

Com relação ao primeiro tema, a judicialização da questão se relaciona, desde o início, à disputa entre dois grandes grupos de interesse, os já mencionados estadualistas e municipalistas. É corrente nas análises sobre o tema a afirmação de que a judicialização se deveu ao alto grau de dissenso entre os grupos de interesse no setor, que não teriam se mostrado minimamente capazes de, no advento do cenário de democracia, obter um consenso mínimo para a aprovação de um novo marco regulatório no âmbito legislativo.¹⁹² Logo, como decorrência dessa visão, a judicialização poderia ser tomada como uma consequência do fracasso da arena legislativa como meio para uma adequada (re)formulação da política pública. Em outras palavras, a inabilidade dos atores para produzir um consenso, por meio do processo legislativo, em torno de um tema que permitisse o desenrolar fluido da ação governamental, causou o deslocamento dessa disputa do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.

A afirmação da relação de causa e consequência preconizada por esse tipo de análise tem a sua importância e não deve ser desprezada, especialmente se forem considerados todos os fatores de dependência de trajetória influenciadores das condutas políticas dos diversos atores em um contexto de democracia de certa forma novo, e, portanto, potencialmente disfuncional e não devidamente aperfeiçoado para dar resolução às disputas de poder no âmbito da produção legislativa. Porém, a visão jurídico-institucional de políticas públicas, e a aplicação de conceitos e métodos advindos do neoinstitucionalismo histórico, em conjunto com o entendimento jurídico-funcionalista do

¹⁹²COSTA, Nilson do Rosário; SOUSA, Ana Cristina A. de. Política de saneamento básico no Brasil. *História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, v.23, n.3, pp. 615-634, 2016. p. 627.

tema, permite a exploração de uma hipótese distinta para explicar a judicialização do tema e suas consequências, especialmente se for aplicado, também no âmbito do processo judicial, o método de identificação de oportunidades de veto e sua influência nas expectativas dos atores e nos resultados concretos de reforma observados.

Na parte teórica deste trabalho, mencionou-se como Ellen Immergut, por meio de um estudo comparativo de ciência política de abordagem histórico-institucionalista, demonstrou que o senso comum sobre a relação de causalidade entre determinados fatores e atores, no processo legislativo, se mostrava não verdadeiro. Como já visto no capítulo 2, Immergut demonstra de forma bastante clara que a influência da classe médica sobre as reformas dos sistemas de saúde, que se reputava decisiva, tinha na realidade pouco impacto se comparada aos fatores institucionais do processo legislativo, ou às regras do jogo de aprovação das medidas. E, dentro desses fatores institucionais, destaca-se a maior ou menor presença de oportunidades de veto, ou seja, instâncias em que grupos quaisquer poderiam, como parte das regras de processo legislativo, influir de forma derradeira nos rumos da formulação a política.

O trabalho de Immergut, assim como outros estudos aplicados em ciência política que assimilam elementos da teoria das oportunidades de veto, tem como foco o processo legislativo. Não parece, porém, que essa seja uma opção metodológica deliberadamente pensada, como recorte analítico, mas sim um ponto de partida e permanência óbvio, considerando a atuação regular e esperada do Poder Judiciário no âmbito de políticas públicas, qual seja, a de pacificador de conflitos, integrador de regras e, em última instância, conferidor de efetividade de medidas por meio da coerção, mas sem protagonismo no ciclo de formação. Assim se pode concluir do papel mais discreto, sob esse aspecto, do Poder Judiciário nos três países que foram objeto do estudo - França, Suécia e Suíça. Ademais, como já mencionado anteriormente, sendo esses estudos realizados no campo da ciência política, é de se esperar que a ênfase se dê em torno dos aspectos políticos e do comportamento dos atores, sendo que o processo legislativo é, sem dúvida, o local de convergência máximo desses comportamentos.

No presente trabalho, o deslocamento ou extensão da análise institucional para âmbitos como o do processo judicial, mas também para os demais processos formadores de uma política pública, se deve tanto ao diferencial da visão jurídico-institucional de políticas públicas, que agrega aos tradicionais critérios da ciência política as ferramentas proporcionadas pela dogmática jurídica, mas também a características idiossincráticas do

Brasil, especialmente o maior protagonismo do Poder Judiciário, tanto na *politics* como nas *policies*.

É certo que, desde o surgimento de políticas públicas semelhantes às que são estudadas nos dias de hoje, o Poder Judiciário já dava mostras de seu potencial de protagonista no ciclo de formação. Isso se observou de modo emblemático no caso da postura da Suprema Corte dos Estados Unidos quando da apreciação da constitucionalidade de leis que faziam parte do conjunto de políticas conhecido como *New Deal*, capitaneadas pelo presidente Franklin Delano Roosevelt. Na ocasião, um grupo de quatro juízes conservadores lideravam uma oposição sistemática da corte às tentativas do governo e do Congresso americano de regular as relações concernentes ao trabalho e ao capital, período conhecido como Era Lochner, em razão do caso *Lochner x Nova Iorque*¹⁹³. Algumas dessas medidas foram propostas como resposta e solução para a crise econômica que se instalara no país após o choque de 1929. O impasse, porém, se solucionou diante da mudança de posição de um dos juízes, também em razão da possibilidade de aprovação de uma reforma da Suprema Corte que aumentaria o seu número de componentes e mudaria sua composição, conhecida como *Judicial Procedures Reform Bill of 1937*¹⁹⁴.

A despeito desse precedente histórico, o próprio deslinde da questão nos Estados Unidos, com o reconhecimento da validade das reformas pela Suprema Corte, instituiu um novo parâmetro da relação entre Judiciário e Legislativo nos EUA, pondo fim à Era Lochner, e tirando do Judiciário o protagonismo de outrora como freio à implementação de políticas legitimamente construídas, já que a “queda de braço” foi vencida, ao final, pelo governo. Por essa razão, pode-se dizer que, atualmente, comparando-se com outros países, é aspecto próprio da dinâmica brasileira o protagonismo judicial exacerbado, independentemente dos motivos para tanto.

Nesse sentido, o artigo de Matthew Taylor, anteriormente citado, trata do protagonismo das cortes brasileiras em anos recentes. Segundo o autor, tal fenômeno é mais presente no Estado brasileiro do que em outros, e elenca uma série de características institucionais que determinam essa circunstância¹⁹⁵. Como exemplos, o fato de que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que manteve a estrutura tradicional do

¹⁹³ Caso de 1905 em que a Suprema Corte americana declarou inconstitucional a limitação de jornada de trabalho por meio de lei do estado de Nova Iorque. Cf. CHOUDHRY, Sujit. The Lochner era and comparative constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n.1, p.1-55, 2004.

¹⁹⁴ CALDEIRA, Gregory A. Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan. *The American Political Science Review*, v. 81, n. 4, p.1139-1153, 1987.

¹⁹⁵ TAYLOR, Matthew M. Veto and Voice in the Courts: Policy Implications of Institutional Design in the Brazilian Judiciary. *Comparative Politics*, v. 38, n. 3, p. 337-355, 2006.

Judiciário quase intacta, aumentou significativamente seu poder e lhe conferiu mais autonomia e independência, além do fato de os juízes serem muito bem remunerados em comparação com outras carreiras públicas ou mesmo em comparação com outros países da América Latina¹⁹⁶. Porém, ainda que o Judiciário possa ser considerado normalmente como um ator de veto em algumas circunstâncias (como na apreciação constitucional de algum texto normativo), o autor ressalta, citando Tsebelis, que na maioria das vezes as cortes são absorvidas por outros atores políticos de veto¹⁹⁷. Tal raciocínio pode explicar, talvez, a dinâmica relacionada ao *New Deal* mencionada anteriormente.

O referido trabalho analisa alguns casos concretos para apontar que o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, acaba sendo uma importante - se não determinante - oportunidade de veto no processo de criação de uma política pública. Isso faz com que alguns grupos de interesse que não teriam, normalmente, poder de influir significativamente para formular ou barrar uma política no Legislativo, passem a ter excepcional poder de fazê-lo, como atores de veto no âmbito judicial de controle de constitucionalidade, quando o mérito jurídico de medidas aprovadas no Congresso é testado perante a corte máxima.

Dessa maneira, considerando os mecanismos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e seu regramento específico, o arranjo jurídico-institucional de controle de constitucionalidade, com seus procedimentos de controle concentrado e apontamento de determinadas partes legitimadas a contestar uma política diretamente no STF, cria-se um atalho para alguns atores políticos contestarem, de forma binária, a validade de uma determinada política consubstanciada em algum texto normativo cuja constitucionalidade seja posta em dúvida.

Existiria, além disso, uma distribuição assimétrica de poder nessas situações, já que o acesso regular ao Judiciário por atores não contemplados como partes legitimadas para propositura de ADI confere uma forma diversa e menos favorecida de se contestar a validade de uma determinada política por meio das instâncias inferiores, enquanto alguns atores privilegiados teriam a via expedita da ADI para exercício dessa prerrogativa. Tal assimetria atribui a esses atores privilegiados uma oportunidade de veto que não acessível aos demais cidadãos, e não existente no processo legislativo e nas negociações políticas dele decorrentes. Para ilustrar o que seria a utilização nociva de uma oportunidade de veto por esse atalho institucional, o autor cita o impedimento, pelo STF, de uma política que

¹⁹⁶ Ibid., p. 339-340.

¹⁹⁷ Ibid., p. 339.

visava ao apaziguamento dos conflitos agrários no Brasil, a qual teria sido amplamente discutida e negociada no âmbito político, e que, em razão de controle constitucional, por iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil, foi barrada no STF. Na sua visão, a política em questão, ao mesmo tempo em que tornava os procedimentos de desapropriação de terras mais eficientes, também restringia e desfavorecia a estratégia baseada na invasão de terras perpetrada pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, sendo assim eficaz na tentativa de reconciliar interesses opostos no conflito social¹⁹⁸.

A grande questão relacionada a esse arranjo jurídico-institucional que cria oportunidades de veto especiais e privilegiadas para determinados atores no âmbito do Judiciário é, possivelmente, a mesma com que se defrontou Ellen Immergut quando analisou o processo legislativo da Suíça. Naquele caso, a necessidade de confirmação da reforma do sistema de saúde por meio de referendo, segundo a autora, foi decisiva para que o resultado prático fosse uma reforma muito mais tímida em comparação com a França e a Suécia, sendo mantido o *status quo* da política de saúde e privilegiando os interesses da classe médica.

A simples expectativa do referendo, com sua consequência binária e risco de rejeição total de uma política pública longa e previamente negociada, fez com que, ainda no processo legislativo, mais poder fosse conferido aos grupos de interesse que poderiam influir com mais força na escolha popular, entre eles o grupo de interesse formado pela classe médica, e assim evitar uma rejeição da reforma no futuro. O mesmo acontece, em alguma medida, com relação ao Judiciário brasileiro, em especial o STF, com o mecanismo da ADI e seu acesso privilegiado. Se o raciocínio da análise comparativa de Immergut se aplicar ao caso brasileiro, analogamente, com uma corte superior representando uma oportunidade de veto tão extrema quanto um referendo, a mera expectativa desse quadro e do potencial poder de atores legitimados já influencia no processo legislativo pressionando de forma negativa a dinâmica de modificação no *status quo*.

No caso do saneamento, mais especificamente à primeira das três temáticas relacionadas ao assunto que tratam do processo judicial (qual seja, a definição da competência para prestar e conceder o serviço), o que se observou não foi o Judiciário invalidando uma política pública aprovada no Legislativo que afirmasse este ou aquele ente federativo como titular, como nos casos abordados por Taylor, mas sim uma situação

¹⁹⁸ Ibid., p. 337.

e um impasse jurídico, causados pelo mero exercício da prerrogativa de acesso privilegiado à oportunidade de veto judicial, sem uma resposta adequada por parte da corte.

Para melhor compreensão dessa hipótese de interpretação, é necessário observar alguns eventos concretos relacionados com a judicialização da regulação nos serviços de saneamento. Conforme já exposto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 dispôs de forma vaga a divisão de competências entre os entes federativos em matéria de saneamento. À União coube a competência para a definição de diretrizes gerais para o saneamento básico e a competência para estabelecer normas de cooperação com os demais entes federativos em matérias de competência comum, por meio de Lei Complementar. Aos Municípios, foi constitucionalmente estabelecida a titularidade dos serviços públicos de interesse local, conforme artigo 30, no qual estariam incluídos, por interpretação, os de saneamento básico. Aos Estados atribuiu-se competência legislativa concorrente em conservação da natureza, recursos naturais e consumo, atividades relacionadas com saneamento básico que, portanto, envolvem o ente federativo de alguma forma na regulação dos serviços, bem como a competência para, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. E finalmente, como competência comum, o artigo 23, inciso IX atribuiu à União, Estados, Distrito federal e Municípios a promoção de melhoria das condições de saneamento básico.

Como já mencionado, a titularidade do serviço de saneamento foi majoritariamente afirmada como sendo dos Municípios, em razão do sentido do termo “interesse local”. A grande discussão jurídica em torno da matéria surge quando se trata de regiões metropolitanas, instituídas pelos Estados por meio de Lei Complementar, nos termos autorizados pelo artigo 25 da Constituição, com o objetivo de tornar mais eficiente o planejamento e execução das funções públicas de interesse comum.

O caso paradigmático é o que envolve a edição da Lei Complementar nº 87/97 no Estado do Rio de Janeiro, que criou uma região metropolitana e invocou para o Estado a titularidade dos sistemas integrados de saneamento que compunham a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, em razão da predominância de interesse comum.¹⁹⁹ Assim, se opôs a ideia de interesse comum, abarcada pela noção e a própria finalidade de criação de uma região metropolitana - a de interesse local, relativo, portanto, aos Municípios individualmente considerados.

¹⁹⁹ 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.165-80, 2000. p. 173.

Diversas ADIs foram então ajuizadas em face de textos normativos que procuravam afirmar o interesse regional e comum do serviço de saneamento básico na região metropolitana do Rio de Janeiro, com destaque para a ADI 1842, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista. Dado extremamente importante é o fato de que essa ação, juntamente com outras ADIs conexas, só foi julgada pelo STF em 2013, nada menos que 15 anos após a edição das leis combatidas. Ou seja, a questão sobre a titularidade do serviço público de saneamento básico ficou pendente de decisão pelo Poder Judiciário quase 25 anos após a promulgação da Constituição Federal, marco da nova organização político-jurídica do Estado brasileiro em contexto democrático.

Há autores que afirmam que a titularidade do serviço tem relevância menor do que a que se costuma atribuir nos debates sobre saneamento básico, defendendo que os desafios do setor, assim como foi a construção de um novo marco legal e como ainda é o financiamento do serviço, vão muito além dessa questão, sendo sua indefinição apenas mais um embaraço, entre outros tantos, a ser superado.²⁰⁰ Apesar desse entendimento, é inegável a importância do impacto que o impasse jurídico em torno do tema teve e ainda tem para a concretização da política de saneamento. É claro que os desafios do setor transcendem o problema de titularidade, bem como a tal obstáculo não se pode creditar todo atraso tanto na aprovação do novo marco quanto na obtenção de resultados, e que outros fatores são, provavelmente, tão ou mais importantes. Porém, a questão tem até hoje influência indireta importante, ao não possibilitar que o planejamento da política se dê em bases jurídicas mais sólidas, com melhor atribuição e responsabilidades aos diferentes atores.

Ilustrativo a esse respeito é o teor da Lei 11.445/07, aprovada em momento de indefinição sobre a questão, ou seja, anteriormente aos pronunciamentos judiciais mais relevantes. Percebe-se do texto normativo, por exemplo, que ele se esquivava de atribuir ou se referir à titularidade dos serviços de saneamento, seja para vinculá-la ao Município de forma inequívoca ou ao Estado nas regiões metropolitanas. Esse silêncio normativo contido na lei de diretrizes não é banal. O marco regulatório do setor pode também ter se omitido nesse sentido em razão da expectativa em torno do exercício da oportunidade de veto por qualquer dos atores – representada pela pendência de apreciação da ADI 1842 e outras relativas a regiões metropolitanas em diversas regiões do país.

²⁰⁰ Nesse sentido, COUTINHO, Diogo et al. Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 2, Relatório de Pesquisa n.10, 2006, p. 10.

Por óbvio, a indefinição acerca do tema, que só foi se desfazer formalmente seis anos depois de aprovado o novo marco, não impediu sua edição. Porém, as diretrizes gerais poderiam ter se beneficiado dessa definição para a melhor formulação e planejamento da política pública nacional de saneamento. Ter como ponto de partida os corretos limites de responsabilidade e competência de cada ente federativo poderia ter feito substancial diferença no conteúdo final do texto normativo aprovado, com consequências práticas para a melhoria da eficiência na prestação do serviço. A discussão acerca do caráter da política e seu conteúdo poderia ter tido maior riqueza, precisão e criatividade se definidas previamente todas as competências e responsabilidades, com potencial ganho para uma melhor articulação e harmonização dos entes federativos, mas também de atores não governamentais, como concessionárias privadas de serviço público interessadas na exploração dos serviços de fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto (inclusive nas regiões metropolitanas), mas carentes de um grau razoável de segurança jurídica para planejamento econômico, quantificação e mitigação de riscos.

A oportunidade de veto no Judiciário brasileiro gerou efeitos político-jurídicos parecidos com os apontados por Immergut com relação aos referendos na Suíça. Nesse sentido, e em consonância com a teoria dos atores de veto desenvolvida por Tsebelis, a existência dessa oportunidade contribuiu para a perpetuação do *status quo*, que, no caso do saneamento básico brasileiro, representava a estrutura centralizada nas companhias estaduais de água e esgoto, com o controle e regulação, na prática, permanecendo nas mãos dos Estados e não dos Municípios.

O julgamento da ADI 1842 em 2013 foi um passo importante para trazer um pouco mais de estabilidade jurídica nesse ponto essencial do tema do saneamento básico. Ela foi julgada parcialmente procedente em 2013, porém com divergências importantes nos votos. O relator, Ministro Maurício Correa, proferiu voto vencido pela improcedência total da ação, e não foi acompanhado pelos demais. Na sequência do julgamento, o Tribunal decidiu também pela modulação dos efeitos, para que só passassem a valer 24 meses após a conclusão do julgamento. Após publicação do acórdão, diversos interessados interpuseram embargos de declaração, os quais ainda não foram julgados. Até a presente data, os autos encontram-se conclusos ao agora relator Ministro Gilmar Mendes, desde março de 2014, sem previsão de julgamento. Como resultado, o STF nem rejeitou a titularidade dos Municípios, nem chancelou a avocação de competência sobre o tema para o Estado por meio da criação de regiões metropolitanas. Definiu que, no caso de regiões metropolitanas, serviços como o de saneamento básico devem ser geridos conjuntamente

por Estados e Municípios interessados, sem, contudo, aprofundar a forma como isso deveria ser feito.

Logo, o quadro atual, com relação à disputa judicial entre estadualistas e municipalistas, ainda é de parcial indefinição prática, tanto pela ausência de trânsito em julgado da decisão, quanto pela solução de mérito que não trouxe um avanço substantivo no sentido de tornar clara a relação entre os entes federativos em situações de potencial conflito. Essa situação contribui para a perpetuação de práticas arraigadas e costumes advindos da era PLANASA, como a gestão e regulação dos serviços de fornecimento de água e esgoto nas regiões metropolitanas pelos Estados, mas abre caminho para que haja maior previsibilidade e institucionalização dessa situação de fato²⁰¹. O advento posterior de legislações como o Estatuto da Metrópole (Lei Federal 13.089/2015), por exemplo, inclina-se nesse sentido, ao criar mecanismos institucionais para tornar viável e mais articulada a interação entre Estados e Municípios no caso específico das regiões metropolitanas, com opção pela prevalência do interesse comum sobre o local e o estabelecimento de regras de governança para a gestão desses interesses.

No entanto, sem uma clara definição de competências, seus limites e forma de exercício nas regiões metropolitanas, é pouco viável uma gestão associada ou compartilhada dos serviços de saneamento, ainda que haja mecanismos normativos para isso, como o consórcio público. Tomem-se como exemplos as disputas de diversos Municípios da Região Metropolitana de São Paulo com a Sabesp e/ou o Governo do Estado. Os Municípios da Região que optaram por ter seus serviços autônomos de água e esgoto, mas que não possuem outorgas suficientes do Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE), são obrigados a comprar água da Sabesp, a qual, por sua vez, é acusada de cobrar tarifas altas demais pela água fornecida no atacado. Assim, por exemplo, são os casos dos Municípios de Santo André, Diadema e Mauá, que ostentaram disputas bilionárias com a companhia estadual em razão do preço da água.²⁰² Algumas cidades fizeram acordos com a Sabesp, como no caso de Diadema, que trocou uma dívida alegada pela empresa de 1,1 bilhão de reais pela aquisição do serviço autônomo de água e esgoto

²⁰¹ Tome-se como exemplo a cidade de São Paulo, que por muito tempo teve seus serviços de saneamento básico geridos pela Sabesp e regulados pelo Estado, sem que houvesse sequer contrato escrito entre as partes, como já mencionado anteriormente.

²⁰² Cf. FELTRIN, Camila. *Sabesp e prefeituras brigam por dívida bilionária*. 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/municipios-da-grande-sp-acusam-sabesp-de-sufocamento-financeiro-3996.html>>. Acesso em: 01 dez. de 2017.

municipal. Santo André, porém, levou a disputa judicial adiante²⁰³, e apresentou, inclusive, pleito administrativo junto ao CADE, que foi julgado improcedente²⁰⁴.

Outro aspecto da judicialização do tema do saneamento que torna clara a oposição de interesses entre estadualistas e municipalistas são as disputas, especialmente na década de 2000, sobre a retomada de serviços pelos Municípios, face ao término dos contratos de 30 anos firmados na época do PLANASA com as companhias estaduais. Além da polarização em torno dos entes federativos, pode-se dizer que essas disputas também opuseram, até certo ponto, os interesses das companhias estaduais, empresas estatais, e os interesses de investidores e operadores privados, novos atores entrantes que almejaram aumentar a participação na exploração direta da prestação de serviços de saneamento como concessionárias de serviço público.

O contexto de tais disputas era o de término iminente dos contratos ou atos de outorga em vigor, firmados na década de 70, ou suas prorrogações sucessivas e precárias após o seu termo. Nesse cenário, uma série de Municípios intentou a retomada dos serviços para prestação direta por meio de autarquia municipal ou para eventual delegação, criando fortes resistências das companhias estaduais e, especialmente, dos governos estaduais, seus controladores. Os motivos para tanto foram vários, desde a insatisfação com a qualidade do serviço prestado de forma regionalizada até outros de ordem política, como o aumento da esfera de poder e influência do Município junto ao funcionalismo e aos cidadãos em geral.

Tome-se como exemplo o caso do Município de Itajaí, em Santa Catarina. Em 1973, o município firmou contrato com a CASAN – Companhia Catarinense de Águas e Saneamento. O contrato, de 30 anos, venceu em 2003 e o Município não somente não se manifestou pela renovação, como criou um órgão autônomo para assunção dos serviços, o SEMASA – Serviço Municipal de Água, Saneamento Básico e Infraestrutura de Itajaí. A CASAN, porém, recusou-se a entregar os serviços, exigindo, para tanto, o pagamento de prévia indenização pelos investimentos realizados. O Município, então, ingressou com ação cautelar inominada²⁰⁵ e obteve liminar determinando a reversão da concessão do serviço e a sua assunção pelo SEMASA.

Note-se que, em que pese hoje a questão estar pacificada nas cortes superiores, na época havia, dentro do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, duas posições antagônicas. De um lado, a jurisprudência da 2ª Câmara de Direito Público, para a qual seria

²⁰³ Ação Principal autos nº 0040250-68.2000.8.26.0554. Cumprimento de sentença: 3006838-41.2013.0.26.0554. Agravo de Instrumento: 2194753-30.2017.8.26.0000.

²⁰⁴ Inquérito Administrativo para Apuração de Infrações à Ordem Econômica no 08700.011091/2015-18.

²⁰⁵ Autos n. 033.03.000923-8 da Vara da Fazenda Pública de Itajaí, SC.

indispensável o levantamento e avaliação de bens reversíveis, bem como a determinação e a quitação prévias do valor de indenização, sem o qual não seria possível a extinção da delegação pelo advento do termo contratual. De outro, a 1ª Câmara de Direito Público, para a qual, uma vez extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de sua vigência, cabe ao titular a imediata retomada da prestação de serviços até a realização de nova licitação, sendo que eventual indenização deveria ser pleiteada pela companhia estadual pelas vias ordinárias.

Observe-se que só a existência de entendimentos contrários, bem como uma expectativa de demora na pacificação jurídica sobre a questão, criou, para um determinado ator, uma oportunidade de veto juridicamente qualificada a impactar no resultado da ação governamental, representando uma vantagem desproporcional e um privilégio de influência decisória, a confirmar também a característica de dependência de trajetória tão inerente ao desenvolvimento atual do setor. Trata-se de um típico exemplo de como uma questão eminentemente jurídica, em razão de defeito de institucionalização das regras materiais concernentes ao assunto e também das regras processuais que adiam o desfecho jurídico-dogmático da controvérsia, cria indiretamente um privilégio a um ou mais grupos de interesse específicos, que podem, de modo não originalmente planejado ou desejado, influir nos rumos de uma política. Isso porque, independentemente do resultado dos processos judiciais em si, a mera possibilidade de reversão da decisão, ou de não confirmação do entendimento pelas cortes superiores, cria um ambiente de expectativas paralelo àquele intencionalmente planejado pelos arranjos institucionais, e acaba por conformar o comportamento dos mais diversos atores de forma diferente daquela estimada nas instâncias dotadas da legitimidade para tanto, em especial o Poder Legislativo.

Entre os atores que passam a se comportar de modo diverso em razão dessas oportunidades de veto decorrentes de defeitos de institucionalização estão, principalmente, os chefes de Poderes Executivos municipais, os Legislativos municipais e também as empresas privadas de saneamento básico e investidores, que passam a assimilar tais fatos e expectativas em suas avaliações de risco e a buscar alternativas ao modelo de competição direta com as companhias estaduais, preferindo, no mais das vezes, figurarem como subcontratadas ou subconcessionárias.

4.3 Processo governamental: a evidência dos defeitos jurídico-institucionais

Processo governamental, para os fins desse trabalho, refere-se ao conjunto de elementos da formação de política pública que se desenvolvem no âmbito do governo, em sentido estrito, ou seja, que se relacionam com a atuação do Poder Executivo, conforme o arcabouço jurídico-institucional previamente posto em outras esferas, complementado por atos e normas da Administração que delineiem os contornos finais do arranjo jurídico-institucional da política. A análise do processo governamental reunirá elementos de uma série de esferas relacionadas, como a orçamentária, a administrativa, e até mesmo a eleitoral. É ainda no âmbito da análise governamental que as eventuais críticas e os apontamentos sobre disfunções do arranjo institucional serão realizados de forma mais objetiva, já partindo dos produtos normativos dos processos legislativo e judicial.

Já se comentou, mais acima, com relação ao aspecto judicial do processo de política pública no caso do saneamento, as disputas entre Municípios titulares e as companhias estatais de saneamento quando da retomada de serviços, em especial quanto à existência, montante, forma e tempo das indenizações devidas por reversão de bens não amortizados. É claro que, para que essa disputa tenha chegado ao Judiciário, foi necessário que os Municípios das lides em questão tivessem levado suas decisões até as últimas consequências, deixando de ceder ou transigir em aspectos essenciais para a prestação de serviços, objetivando, com certeza absoluta, a retomada, o que certamente é consequência de um processo antecedente anterior de tratativas, conversas, negociações, relações contratuais complementares (como prorrogações de concessões, por exemplo).

Antes de a questão chegar ao Judiciário, a existência em si de questões jurídicas mal resolvidas como essas representam oportunidades de veto no âmbito do próprio processo governamental, na medida em que fortalecem mais ou menos os grupos de interesse em eventuais negociações e formação de novos arranjos locais, como o modelo de exploração local e até mesmo de regulação. Todas essas incertezas se potencializam como obstáculos a qualquer mudança no *status quo*, na medida em que os Municípios são menores, menos providos de corpo técnico e jurídico especializados ou capacidade institucional, e, por outro lado, as companhias estaduais concentram *know-how* técnico e jurídico dedicado e interesses motivadores.

São várias as oportunidades de veto juridicamente qualificadas, identificáveis no arranjo jurídico-institucional do setor, que se exprimem no âmbito do processo governamental e contribuem para que seja delineada uma assimetria de poder que não se verifica de uma primeira leitura dos textos normativos, bem como não parece ter sido intencionalmente planejada na formulação. A disciplina de delegação dos serviços públicos

de saneamento entre entes da Administração, que conta com um facilitador institucional- a possibilidade de dispensa de licitação para celebração de contratos de programa, instituída como emenda à Lei 8.666/93 pela Lei dos Consórcios Públicos, Lei 11.107/05 – é uma delas. Outra é a previsão de cláusulas, em antigos contratos de concessão com companhias estaduais de saneamento, que dispõem sobre pagamento de indenizações para retomada dos serviços sem que haja, ao mesmo tempo, critérios contratuais claros para a definição dessas indenizações. Esses dois elementos jurídicos dos arranjos, um deles um preceito positivo de tratamento desigual e outro uma lacuna aparente de norma a criar insegurança jurídica, podem ser utilizadas em conjunto ou separadamente por determinados atores (no caso, as companhias estaduais) para influenciar de modo privilegiado a forma como a operação dos serviços de saneamento de uma determinada localidade se dará, por até três décadas ou mais.

A despeito de o arranjo jurídico-institucional (em especial o marco normativo principal da política nacional de saneamento) permitir e prever de forma clara não somente a concessão dos serviços de saneamento para empresas privadas, mas também a forma de relação entre público e privado, com preocupação especial à garantia do interesse público, o acesso favorecido das companhias estaduais a decisões no âmbito do processo governamental dos titulares faz com que eventual disputa pela exploração dos serviços entre companhias de saneamento tradicionais (estaduais) e operadores privados se dê em condições muito desvantajosas e inseguras, desestimulando a participação desses últimos, que acabam buscando outras formas de atuação no setor que não sejam diretamente concorrentes com as empresas estatais.

A questão em aberto a respeito das indenizações, ainda que a lei tenha tentado contribuir com critérios para uma maior segurança na resolução de controvérsias, como já dito mais acima, acaba sendo solucionada, muitas vezes, da forma mais simples, isto é, pela renovação da concessão com as companhias estaduais mediante o atalho do contrato de programa, com a disposição de forma mais clara sobre os bens reversíveis e suas amortizações no novo contrato. Ou seja, diante de um impasse criado pelo ambiente jurídico (o que não deixa de ser um problema de arranjo), somado a um privilégio questionável de dispensa de licitação, o processo potencial de concessão de um serviço para um operador privado, que em tese poderia contribuir em capacidades gerenciais ou de financiamento, ou simplesmente pressionar o operador público a melhorar sua eficiência diante de alguma concorrência, acaba prejudicado.

O serviço de saneamento básico pode ser considerado, certamente, como um monopólio natural e, portanto, não sujeito a um regime comum de concorrência. A expressão concorrência, no presente caso, é utilizada para se referir à competição por concessões, ou seja, pela exploração do monopólio natural, considerando a diversidade de localidades e titulares. No caso brasileiro, em que companhias estaduais de saneamento dominam o panorama de operação, novos entrantes nas disputas por concessões poderiam acarretar, na prática, efeitos de concorrência, em especial nos períodos de vencimentos dos contratos antigos, pressionando por melhorias na prestação de serviços, metas, tarifas, entre outros aspectos.

Não é objetivo desta dissertação discorrer sobre as vantagens e desvantagens da prestação privada dos serviços públicos de saneamento, ou optar pela defesa deste ou daquele modelo, mas sim apontar as características e os defeitos jurídico-institucionais do atual arranjo que, potencial ou concretamente, podem contribuir para um quadro de déficit dos indicadores. Nesse sentido, cabe registrar que, da literatura específica sobre saneamento consultada, parece haver uma multiplicidade de situações fáticas entre os Municípios e localidades, sugerindo que as soluções e suas modelagens jurídico-institucionais também devem ser diversas²⁰⁶, o que pode envolver, eventualmente, a delegação do serviço a concessionárias privadas em alguns casos.

Já se mencionou anteriormente as críticas feitas à concessão dos serviços em Limeira, as quais são corroboradas por diversos outros autores, que apontam também outros casos em que a concessão à iniciativa privada não teria surtido bons efeitos, como na Região dos Lagos, no Rio de Janeiro.²⁰⁷ Há dúvidas, no entanto, se os casos mencionados podem ser considerados para efeito de avaliação de concessões como um todo, uma vez que se deram no contexto da década de 1990, de aprendizado institucional, bem como em época muito antecedente à edição da Lei 11.445/07 e, portanto, sem um regramento que assegurasse minimamente regulação, planejamento e controle social razoáveis. Nesse sentido:

Na ausência de regras, as primeiras concessões feitas são verdadeiras aventuras, nas quais os concessionários correm elevados riscos e procuram cobrar por isso. A definição do marco regulatório, que deverá ser feita no futuro próximo, certamente reduzirá o custo dos serviços para o público e aumentará o nível de

²⁰⁶ Nesse sentido, cf. COUTINHO, Diogo et al. Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. *Cadernos Direito GV*, v. 2, n. 2, Relatório de Pesquisa n.10, São Paulo, 2006, que classifica os Municípios quanto às suas características, para fins de propostas de soluções mais adequadas.

²⁰⁷ Nesse sentido, cf. CARVALHO, Vinicius Marques de. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 422-425.

concorrência pelas concessões ou parcerias. Entre os aspectos positivos das experiências analisadas podemos destacar a privatização por municípios que, além de se adequar melhor aos problemas locais, amplia a competição e facilita a participação de empresários de menor porte. A privatização de estados inteiros não é compatível com a autonomia municipal nem com a administração dos recursos hídricos por bacias hidrográficas.²⁰⁸

Há ainda casos internacionais apontados como verdadeiros fracassos da gestão privada no setor, como as cidades de Atlanta (EUA), La Paz (Bolívia) e Chengdu (China)²⁰⁹. Porém, há inúmeros outros indicados como concessões bem-sucedidas à iniciativa privada, como os casos da Inglaterra, do Chile e da cidade de Ma'asham, na China²¹⁰.

Além disso, estudos na área de administração e economia apontam maior eficiência na prestação de serviços privados locais, sem impactos necessariamente negativos quanto à eventual desigualdade de acesso. No caso de um deles, o autor faz uma constatação curiosa, fundamentada em dados técnicos, acerca da diferença de resultados entre prestadores privados e públicos com relação aos serviços de fornecimento e água e coleta de esgoto: “pode-se inferir que, motivados pela maximização do lucro, os provedores privados locais expandem o acesso a esgoto; já os públicos, motivados pela maximização de oportunidades eleitorais, privilegiam a água”²¹¹. Também apontando evidências de maior eficiência da gestão privada no saneamento em determinadas situações, com relação a uma série de indicadores, o trabalho de Juliana Souza Scriptor e Rudinei Toneto Junior²¹² argumenta que a prestação regionalizada, ou seja, a comumente praticada por uma companhia estadual em mais de um Município sob as mesmas condições, é a menos eficiente considerando a privada local e a pública local.

Independentemente das diferentes visões, é certo que a participação privada é um dos modelos previstos na Lei 11.445/07 para o enfrentamento dos desafios da universalização e à disposição do administrador público, dentre as demais formas de

²⁰⁸ MELLO, Marina Figueira de. Privatização do setor de saneamento no Brasil: quatro experiências e muitas lições. *Economia Aplicada*, Ribeirão Preto, v. 9, n. 3, p. 495-517, 2005. pp. 514-515.

²⁰⁹ ROUSE, Michael. Paradigma centrado no setor privado. In: CASTRO, Esteben José; HELLER, Leo (Orgs.). *Política Pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo horizonte: Fiocruz, 2013, p. 203.

²¹⁰ Ibid., p.206.

²¹¹ AZEVEDO, Paulo. Público versus privado: efeitos das privatizações sobre o acesso e a equidade do acesso a serviços de saneamento básico no Brasil. In: 42º ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 2014, Natal. *Anais do 42º Encontro Nacional de Economia*. Brasília: ANPEC, 2014. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/novosite/br/encontro-2014>>. Acesso em: 3 jul 2017

²¹² SCRIPTORE, Juliana Souza; TONETO JUNIOR, Rudinei. A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho dos provedores públicos e privados. *Rev. Adm. Pública* v. 46, n. 6, p. 1479-1504, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v46n6/a04v46n6.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

prestação, alternativa esta que é obstada pelo exercício de oportunidades de veto decorrentes de distorções no arranjo jurídico-institucional evidenciadas no processo governamental.

O veto, nesses casos descritos, pode ser exercido de forma privilegiada no processo governamental. Em primeiro lugar, pode ser exercido pelas companhias estaduais, para sustar algum processo de privatização em planejamento ou intenção, por meio de propostas agressivas de renovação ou mesmo de resistência jurídica fundamentada na possibilidade de cobrança de indenizações, criando consequências políticas desfavoráveis aos titulares e induzindo à composição. Pode ser exercido, também, por atores políticos distintos dos titulares, mas em posições transitórias análogas (em especial os prefeitos eleitos), mas também pelos Legislativos municipais. Considerando ainda a influência do processo eleitoral na dinâmica das políticas públicas e a variabilidade de posições políticas dos diversos candidatos, o maior ou menor alinhamento do chefe do Poder Executivo com determinadas linhas ideológicas ou mesmo com as gestões dos governos estaduais acaba por influenciar na opção ou não pela continuidade de uma disputa com o operador estadual, independentemente do interesse público efetivo.

Essa dinâmica de oportunidades de veto gera, indiretamente, uma assimetria de poder envolvendo dois tipos de investidores privados distintos. Isso porque, em alguns casos, as companhias estaduais possuem parte de suas ações nas mãos de acionistas privados, caso das sociedades de economia mista. Logo, além de condicionar os comportamentos dos agentes para a manutenção de arranjos em que o operador é controlado pelo Estado, acaba também por moldar a própria forma como o investimento privado contribui para o setor, criando a distinção entre o privado “sócio” do Estado e o privado “concorrente” do Estado, desfavorecendo este último.

Desse modo, as oportunidades de veto mencionadas, além de servirem aos atores já mencionados, são também responsáveis por privilegiar determinados atores privados (acionistas das companhias estaduais) em detrimento de outros atores também privados (operadores), o que traz questionamentos se essa é a melhor forma de incorporação da contribuição da iniciativa privada no setor e se esse modelo prestigia a isonomia e a livre iniciativa, para mencionar duas regras constitucionalmente postas.

Ademais, tal arranjo também torna o modelo absolutamente rígido, ao fazer com que as sociedades de economia mista que atuam no saneamento sejam praticamente impassíveis de privatização total, caso as escolhas político-ideológicas da sociedade assim decidam. Isso porque, conforme a Lei 11.107/05 dispõe expressamente, caso a entidade

signatária do contrato de programa deixe de integrar a Administração indireta, o contrato é extinto de pleno direito.²¹³ Logo, pela letra da lei, no evento de leilão de privatização integral de uma companhia estadual, com mudança de controle, as concessões firmadas por meio de contrato de programa com os Municípios deixariam de existir, e, na prática, as empresas perderiam todos os seus ativos mais relevantes, quais sejam, suas concessões. Há, entre os doutrinadores, aqueles que vislumbram soluções jurídicas para transmutação desses contratos de programa em contratos de concessão comuns, mas mesmo assim a depender da concordância dos titulares, e, diga-se, com risco considerável de questionamento por parte dos órgãos de controle²¹⁴.

O prestígio desigual a soluções eminentemente baseadas na atuação direta do Estado, por meio das companhias estaduais, observa-se da análise sistemática do arranjo e não parece se afigurar como escolha consciente, aberta e clara de uma agenda de política, mas sim expressa-se, de forma prática, nas entrelinhas e conjunções entre diversos subsistemas jurídicos que acabam por reforçar a dependência de trajetória e, consequentemente, o viés publicista estadualista

Porém, se na leitura do marco normativo principal não se percebe o viés estatista como norte teleológico consciente, o mesmo não se pode dizer de alguns outros elementos do arranjo componentes da ação governamental, os quais deixam claras as opções ideológicas por um modelo em detrimento do outro, e dão indicativos, também, de alguns outros fatores pelos quais os resultados práticos do setor no Brasil ainda claudicam. Veja-se, por exemplo, o PLANSAB, Plano de Saneamento elaborado em 2013 depois de ampla discussão no âmbito governamental. Da leitura do extenso documento, de 173 páginas, percebe-se a dedicação minuciosa à análise do setor, sua trajetória, e um diagnóstico detalhado da situação do saneamento no Brasil, subsidiada pelas informações colhidas no SNIS, especialmente. O documento traz ainda uma parte prospectiva, com diretrizes estratégicas, estimativa de necessidade de investimentos, indicadores e metas e, seguindo ordem lógica, a estipulação de três cenários diferentes a determinar, conforme sua eventual concretização, as reais capacidades estatais de investimento e execução dos programas visando à universalização do saneamento básico. No entanto, conforme discutido, o plano

²¹³ “Art. 13. [...] §6º. O contrato celebrado na forma prevista no § 5o deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação”.

²¹⁴ TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. Considerações sobre a possibilidade de transmutação do contrato de programa em contrato de concessão quando da realização de leilão de ações de sociedade de economia mista. In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al (Coord.). *Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 213-231.

praticamente ignora as potencialidades de modelos de exploração que incorporem o investimento privado e, especialmente, as capacidades operacionais privadas, na exploração dos serviços por meio de concessões.

O plano, pois, atribui ao Estado brasileiro a tarefa de agir como protagonista para a expansão e melhora nos serviços. No que tange à União, esse papel se dá por meio de programas específicos, cujas finalidades são essencialmente duas: financiar obras e iniciativas no saneamento básico e financiar ou prover de forma mais direta capacidades humanas e institucionais a fim de promover a melhor eficiência na prestação dos serviços. Ao analisar os programas em específico, observa-se que os destinatários dessas políticas são majoritariamente as companhias estaduais de saneamento e os serviços autônomos de saneamento de Municípios. Pouco se aborda, no texto do plano, sobre articulação com atores privados, incorporação de investimento que não o público, etc., pressupondo uma autossuficiência do Estado, tanto em capacidades gerenciais quanto em recursos financeiros.

Escolhas e vieses ideológicos são naturais quando se trata de gestão governamental, e de certa forma reflexos importantes da afirmação de soberania popular, ao conotarem a execução do projeto político legitimamente escolhido por meio do pleito eleitoral. Porém, a inadequação dessa escolha, no âmbito do PLANSAB, se mostra evidente por dois motivos.

O primeiro é o estabelecimento de premissas cabalmente irrealistas para a previsão de recursos orçamentários para investimento público em saneamento, como será à frente abordado. Como já mencionado, o Plano traça três cenários diferentes de conjuntura para as duas décadas entre 2013 (data do plano) e 2033 (termo final do planejamento). Os três cenários se baseiam na potencial variabilidade de alguns dados econômicos e características de organização do Estado. Cada cenário se diferencia do outro com relação a cinco condicionantes básicas escolhidas para sua conformação, quais sejam: 1. Quadro macroeconômico; 2. Papel do Estado (modelo de desenvolvimento). 3. Gestão, gerenciamento, estabilidade e continuidade de políticas públicas/ participação e controle social; 4. Investimentos no setor; e 5. Matriz tecnológica/disponibilidade de recursos hídricos.

A forma de definição de cenários, como realizada pelo Plano, já é criticável em sua metodologia. Isso porque, ao invés de simplesmente estabelecer critérios, indicadores ou condicionantes comuns e diferenciar os cenários em termos de números e intensidade desses indicadores, configurando um ambiente otimista, um intermediário e um pessimista, conforme a variabilidade numérica, foram misturados conceitos para a definição de

quadros hipotéticos, sem quaisquer justificativas plausíveis. O cenário 1, por exemplo, traz a conjunção entre crescimento econômico elevado e o Estado como provedor e condutor dos serviços públicos. Já o cenário de menor crescimento pressupõe necessariamente um Estado mínimo ou com atuação reduzida, de acordo com os critérios do Plano. Não há uma hipótese, no planejamento, para uma combinação diversa de fatores. Outra crítica que se pode fazer à escolha dessas hipóteses é sobre o fato de os cenários 2 e 3 compartilharem exatamente os mesmos idênticos indicadores macroeconômicos, conforme tabela 10.1 do PLANSAB²¹⁵, diferenciando-se apenas quanto a fatores como capacidade gerencial do Estado e matriz tecnológica. Ou seja, há pouca variação, de baixa relevância para os objetivos do plano, entre os cenários 2 e 3.

Quando a definição de cenários se traduz em números, especialmente nas expectativas quanto aos indicadores macroeconômicos, fica mais patente a inadequação. No cenário 1, mais otimista, a economia brasileira cresce a uma média de 4% ao ano, e a taxa de investimento público chega a 5,0%, 5,7% e 6,0% em 2015, 2020 e 2030, respectivamente. Já nos cenários 2 e 3, o crescimento é de 3% ao ano, e as taxas de investimento público são, respectivamente para os anos mencionados, 4,5%, 5,0% e 5,0%. O que mais surpreende da leitura da mencionada tabela anexa ao Plano é que, bem ao lado das previsões quantitativas dos indicadores para os anos vindouros, estão, como referência, os números reais apurados nos dois anos imediatamente anteriores, 2011 e 2012. Em 2011, segundo dados constantes da própria tabela, a variação anual do PIB foi de 2,7%, enquanto que em 2012, de 1,0%. Já o investimento público, ficou em 4,1% e 4,4% do PIB, respectivamente.

Percebe-se que todas as previsões de capacidades de investimentos do Estado feitas pelo PLANSAB, as quais são intimamente ligadas aos indicadores de crescimento econômico e taxa de investimento, já nascem superestimadas, em quaisquer dos cenários previstos. Dessa forma, a previsão concreta de investimentos durante 20 anos, na ordem de 304 bilhões de reais, compostos por recursos públicos, mostra-se na origem inatingível, mesmo considerando os números macroeconômicos anteriores à crise de 2015/2016. Agrava a questão o fato de, além da imprecisão na definição dos cenários, o Plano tenha deliberadamente escolhido apenas um deles – o mais otimista – como pressuposto base para suas ações. Nesse sentido, é ilustrativo o seguinte trecho transcrito do Plano:

²¹⁵ SECRETARIA NACIONAL DE SANEAMENTO AMBIENTAL. *Plano Nacional de Saneamento – PLANSAB*. Brasília: Ministério das Cidades, 2013. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos_PDF/plansab_06-12-2013.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2016. p. 168.

A escolha do Cenário 1 partiu da premissa de que a economia brasileira apresentará um crescimento razoável no período 2011-2020, durante o qual serão feitas as reformas estruturais necessárias e superados alguns dos gargalos existentes – sobretudo na área de infraestrutura econômica – para que haja maior crescimento econômico no período 2021-2030. Tal desempenho possibilitará, assim, que os investimentos em saneamento básico no País de 2010 a 2030 se estabilizem em um patamar elevado se comparado com os recursos federais historicamente aplicados no setor.²¹⁶

Adicionalmente a esse primeiro aspecto, também se mostra como fator disfuncional o fato de os recursos disponibilizados pelo FGTS e também no âmbito das duas fases do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC 1 e PAC 2 não terem sido executados de forma satisfatória, por falta de capacidade dos entes estatais, e não de recursos.²¹⁷

Acerca da situação das obras do PAC, mais concretamente, estudo do Instituto Trata Brasil, datado do início de 2015, analisa o andamento de 340 obras de saneamento em cidades de mais de 500.000 habitantes no período de 2009 a 2015, e chega a conclusões nesse mesmo sentido, com grande parte das obras paralisadas ou sequer iniciadas por falha de planejamento, projetos, problemas com contratos, nas licitações ou na execução. De acordo com as conclusões do relatório:

Após sete anos consecutivos deste estudo, voltado ao acompanhamento das obras de Saneamento do PAC nos maiores municípios do país, o Instituto Trata Brasil constatou que os resultados ainda estão muito aquém do desejável, e que os entraves e gargalos típicos do setor, continuam a gerar atrasos, paralisações e cancelamentos de contratos de obras de grande abrangência e impacto em todo o país.

Destacam-se, entre os entraves mencionados, atrasos e falhas em projetos, atrasos na autorização e liberação de recursos para início de obras, atrasos em concessão de licenças ambientais, atrasos nos processos de licitações, falhas na execução das obras por baixa qualidade do trabalho das empreiteiras contratadas, cancelamentos de projetos por parte dos tomadores de recursos, entre outros.

Hoje, após oito anos de assinatura de muitos contratos da primeira fase, 45% das obras de saneamento do PAC ainda estão em execução ou paralisadas. As obras da segunda fase do PAC também apresentam grandes atrasos e os mesmos gargalos identificados nas obras da primeira fase e menos de 25% dos recursos alocados corresponderam a obras concluídas até agora.²¹⁸

À falta de capacidade de aplicação de recursos, que se mostra cristalina da análise dos dados, soma-se ainda a própria questão das fontes de financiamento em si, a qual não

²¹⁶ Ibid., p. 110.

²¹⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. Parcerias Institucionais no setor de saneamento: chance ou ameaça às empresas estatais? . In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al (Coord.). *Saneamento Básico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 471

²¹⁸ INSTITUTO TRATA BRASIL. *Relatório - 7 anos de Acompanhamento do PAC SANEAMENTO*. 2016. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/de-olho-no-pac/2016/relatorio.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

deixa de ser também um grande desafio para a concretização das metas da Política Nacional de Saneamento, já que os investimentos necessários são de vultosa monta. Mesmo no âmbito de prestação puramente estatal, algumas alternativas se colocam, como o custeio da expansão da infraestrutura por meio do aumento tarifário, por exemplo. Dessa forma, as tarifas majoradas cobradas do usuário do serviço público serviriam não somente para a manutenção do serviço prestado àqueles que a ele têm acesso, mas principalmente para a sua contínua expansão e melhoria, financiando obras de infraestrutura, visando aumentar a rede provedora e coletora e os índices de tratamento do esgoto coletado.

A legalidade dessa fórmula tarifária já sofreu questionamentos, mas tende a se firmar como válida, como já reconhece a jurisprudência atual.²¹⁹ Essa é, portanto, uma alternativa viável, mas que encontra resistência e críticas das mais diversas ordens, incluindo o descompasso temporal entre o ônus e o bônus políticos percebidos pelos detentores de mandatos eletivos, bem como acerca do caráter prático de onerar ainda mais parcela da população já demasiadamente afetada por uma estrutura tributária regressiva e que privilegia a tributação da produção e do consumo em detrimento de renda e patrimônio. No caso de indústrias e empresas prestadoras de serviço usuárias do sistema, o custo é repassado aos demais consumidores, o que alimenta o discurso dos críticos aos problemas de competitividade dos setores produtivos brasileiros.

Essa fórmula nada mais é do que a dinâmica de subsídios não cruzados ou diretos, ou seja, limitados à localidade relativa à prestação dos serviços, apontada por parte dos doutrinadores como meio adequado e eficaz de financiamento. Cita-se, especificamente, o caso do Município de Araraquara, no interior de São Paulo, o qual possui serviço autônomo de saneamento básico e ostenta, desde muito tempo, indicadores excelentes. O Município atingiu, em 2001, 100% de abastecimento de água potável e 100% de coleta do esgoto. Dois anos mais tarde, já contava, também, com 99,57% de tratamento dos esgotos coletados. Tal grau de cobertura foi possível mediante a instituição de subsídios diretos,

²¹⁹ COUTINHO, Diogo R. Saneamento básico: aumentos tarifários para investimentos na melhoria e expansão do serviço, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 281-300, 2013. p. 299: “A política tarifária de um serviço público, como aliás reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, deve dar conta não somente de sua continuidade, mas também de sua melhoria e expansão. Repassar à tarifa os custos destas últimas somente após as conclusões das obras de infraestrutura e de instalações operacionais que levariam às referidas melhoria e expansão poderia colocar em risco a sustentabilidade do serviço em regime de eficiência, ou seja, seu equilíbrio econômico-financeiro. Defender o contrário seria alegar que a lei obriga o ente público municipal a operar de maneira deficitária em contextos de necessidade de melhoria e expansão, impedindo-o de praticar tarifas realistas com vistas ao seu planejamento, ao seu conjunto de metas e objetivos de curto, médio e longo prazo para a universalização do serviço”.

mediante a majoração de tarifas, concomitantemente à criação de um fundo municipal para financiamento e subsídio à população de mais baixa renda²²⁰.

Porém, pode-se dizer também que existe uma 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, levando à ineficiência. Parte considerável dos prestadores públicos, em especial as companhias estaduais, tem grau de eficiência muito ruim e pouco incentivo institucional para melhorar, e a continuidade prática do modelo de subsídios cruzados para financiamento da expansão de serviços está concentrada 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 no tópico sobre processo legislativo, 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, que poderia ser substituída.

Essa dinâmica é um dos entraves tanto à prestação local do serviço, por parte do Município, quanto à eventual concessão dos serviços, também em âmbito local. Isso porque, seguindo a lógica do mercado, as localidades superavitárias, como as cidades de maior população, serão atrativas tanto à iniciativa privada quanto à assunção dos serviços pelos próprios Municípios. Porém, sem que essas localidades sejam fontes de subsídios, as cidades menores e deficitárias não terão atratividade ou mesmo condições mínimas de autossustentação. Nessa hipótese, sem que haja um mecanismo de compensação, como um fundo federativo alimentado pelas localidades atrativas, a privatização pode até mesmo gerar maior despesa ao Poder Público, ao ter de socorrer diretamente, com recursos orçamentários, os Municípios menores, mais carentes e as áreas rurais.²²¹ Nesse sentido, sobre os subsídios cruzados²²²:

²²⁰ OLIVEIRA, Gesner; VASCONCELOS, Andréa Costa de. Subsídio à população de baixa renda: mecanismo para universalização dos serviços públicos de saneamento. In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al (Coord.). *Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 193-194.

²²¹ Nesse sentido, CARVALHO, Vinicius Marques de. *O direito do saneamento básico*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 416.

²²² 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. 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.

Ainda com relação ao processo governamental, outro aspecto disfuncional do arranjo jurídico-institucional da política nacional de saneamento pode ser identificado ao se observar como a regulação foi tratada no marco normativo e como, na prática, ela se dá em diversas situações, em especial as pressionadas por fatores de dependência de trajetória ou as mesmas entrelinhas jurídicas não imediatamente identificáveis já mencionadas anteriormente.

No bojo do marco normativo, é concebido um modelo de regulação interessante, com definição bem clara do papel, obrigações e organização dos entes reguladores, e que parte do pressuposto, desenvolvido pela influência liberal da concepção dos serviços públicos tratada mais acima, 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 concessionário²²³. 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 uma forma de regulação atrelada ao modelo de operação majoritariamente estatal. Essa característica faz com que o papel de regulador, planejador e operador se concentrem, muitas vezes 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,

²²³ 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.

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), 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.

Não raro, todas as minutas que 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. Observa-se também, das correspondências 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 situação fática evidencia uma distorção jurídica importante, ao concentrar, na prática, essas três funções – operação, regulação e planejamento – nas mãos de um mesmo ente, qual seja, o Estado, e com o agravante de beneficiar também um interesse privado, qual seja, o dos acionistas minoritários da COPASA. Evidencia também a confusão de papéis entre sociedade de economia mista, seu acionista controlador e a agência reguladora, a qual deveria ser independente em relação a ambos. Essa sobreposição de interesses, competências e papéis poderia ter sido evitada com um texto mais claro da Lei 11.445/07, cujo silêncio sobre algumas matérias, como a possibilidade ou não de delegação do planejamento, pode ser por vezes interpretado como eloquente²²⁴.

²²⁴ 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.

A assimetria de poder, do ponto de vista de capacidades técnicas, jurídicas e institucionais, entre os Municípios titulares do serviço público e os Estados (e seus braços operacionais, como as companhias estaduais de saneamento), causa efeitos práticos na definição dos modelos de operação e regulação muito mais intensos do que a assimetria de poder decorrente, pura e simplesmente, de uma aplicação em condições minimamente igualitárias dos dispositivos jurídicos do marco normativo. A ausência de elementos no arranjo jurídico-institucional que possam de alguma forma mitigar os efeitos dessa relação fática de poder extremamente desigual pode ser apontada como outra disfunção importante, evidenciada na prática por essa regulação público-público atípica, e representa, pela omissão, uma nova oportunidade de veto a conferir privilégios de influência não desejados no âmbito do processo governamental da política pública.

Não se pode afirmar, aqui, que a conjunção sob o manto de um mesmo ente federativo das figuras de regulador e operador leve, necessariamente, a um comprometimento das características mais importantes e juridicamente essenciais da regulação, quais sejam, a autonomia e independência. Para isso, seria necessário realizar, talvez, um estudo de todos os atos emanados de entes reguladores nessas condições, comparando-os com os de entidades reguladoras diversas, a fim de, estatisticamente, provar influência indevida dessas proximidades e relações. Porém, tal situação, especialmente considerando o “pacote” planejamento-regulação-operação adquirido por boa parte dos Municípios junto aos governos estaduais, dá ensejo a diversos questionamentos e hipóteses, baseados em análises tópicas.

Veja-se, por exemplo, uma situação prática que se pode entender como uma espécie de teste para o modelo de regulação nesses moldes, qual seja, 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 da 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 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 medidas.²²⁵ 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 liminar.²²⁶

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 a interferência do presidente da corte 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

²²⁵ Autos n. 1000295-36.2015.8.26.0053.

²²⁶ Autos n. 2002664-48.2015.8.26.0000.

em São Paulo.²²⁷ 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 colapso²²⁸.

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 ano.²²⁹ Diga-se, aliás, que a repressão e prevenção do abuso do poder econômico é também um dos objetivos a serem atingidos pela função regulatória²³⁰, o que pode não ter ocorrido no caso descrito. 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.²³¹

Além de todas essas questões, existem também descompassos explícitos de eficácia normativa de algumas das determinações da Lei 11.445/07. Um problema importante e

²²⁷ SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Conflito de Interesses nas Empresas Estatais: Uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp. *Revista Direito e Práxis* [ahead of print], Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/27922/21606>>. Acesso em: 10 dez. 2017. p. 16.

²²⁸ Ibid., p. 19.

²²⁹ Ibid., p. 20.

²³⁰ 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.

²³¹ HELLER, Leo et al. A experiência brasileira na organização dos serviços de saneamento básico. In: CASTRO, Esteben José; HELLER, Leo (Orgs.). *Política Pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo horizonte: Fiocruz, 2013, p. 491.

bastante característico na sociedade brasileira é o das leis que “não pegam”, ou seja, textos normativos regular e legitimamente instituídos, os quais contêm normas que, por razões diversas, não atingem os efeitos desejados ou, principalmente, não chegam a ter qualquer eficácia sobre seus destinatários, o que Carlos Blanco de Moraes chama de “crise da lei”²³².

Essa crise de autoridade normativa pode ser observada na análise de alguns componentes do arranjo no setor de saneamento em algumas situações bastante destacadas. O caso mais emblemático é a obrigação, decorrente da Lei 11.445/07, de os Municípios elaborarem um plano municipal de saneamento básico até 2010. Após mais de oito anos do advento da lei, no entanto, apenas 31% dos Municípios brasileiros possuem plano de saneamento.²³³ Após a instituição da obrigação, houve ao menos três prorrogações. O Decreto 7.217/2010 prorrogou o prazo até 2014, estabelecendo que, a partir daquele ano, a falta dos respectivos planos impediria o acesso a recursos orçamentários federais. O prazo foi novamente prorrogado pelo Decreto 8.211/2014 até 2016 e depois, novamente, até 2018.

O atraso na elaboração dos planos municipais de saneamento indica que há muitos outros entraves para o desenvolvimento do setor além da falta de recursos financeiros. Uma das questões para reflexão é sobre os motivos pelos quais esse número é tão baixo, a despeito da obrigação legal, e porque a União não consegue fazer valer a disposição, apesar dos meios políticos e sanções orçamentárias a sua disposição. O problema merece ponderação, já que, ao que parece, a questão financeira nesse particular é secundária, cedendo protagonismo para a falta de condições técnicas.

Mais uma vez, a falta de capacidade técnica e jurídica dos municípios se mostra como entrave ao avanço da política, o que se vê pelo déficit nos planos municipais. Nesse particular, o arranjo jurídico-institucional poderia ter previsto mecanismos mais eficazes de compensação dessa situação, instituindo de forma mais estruturada organismos auxiliares dos Municípios nas questões de planejamento e modelagem de operações. Atualmente, existe um programa específico do Ministério das Cidades, o Programa Nacional de Capacitação das Cidades²³⁴, concebido com o objetivo de orientar e capacitar gestores municipais a elaborar os planos municipais de saneamento, mas ele está aquém do que poderia vir a ser um modelo de auxílio e capacitação institucional interfederativa.

²³² MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Editora Verbo, 2007, p. 80.

²³³ Conforme Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS.

²³⁴ Para mais informações, consultar: <<http://www.capacidades.gov.br/>>.

Percebe-se, do exame crítico sobre o arranjo jurídico-institucional da política de saneamento básico e seus impactos no processo governamental, que suas disfunções reforçam nocivamente as assimetrias de poder naturalmente existentes entre atores e contribuem para a manutenção do *status quo* no cenário atual, reafirmando a dependência de trajetória. Todos os aspectos tratados acima consistem em defeitos jurídico-institucionais do arranjo, os quais, mais do que apenas vícios de posituação (elemento jurídico), representam oportunidades privilegiadas para determinados atores (elemento político), em contraste com a atual ordem político-jurídica democrática pós Constituição de 1988. As companhias estaduais, que antes eram fator de centralização decisória da política (uma vez que indiretamente controladas pelo Governo Federal autoritário), passaram a representar, após a redemocratização, um modelo descentralizado em relação ao Governo Federal, mas não em relação aos Municípios. A mudança profunda do ambiente institucional, que alterou essa dinâmica, não foi acompanhada da mesma forma e no mesmo ritmo por uma mudança no arranjo institucional, potencializando os conflitos e dificultando o avanço da política pública em direção a uma maior efetividade.

CONCLUSÃO

O objetivo desta dissertação foi investigar e mapear as características e defeitos do desenho jurídico-institucional da política nacional de saneamento básico, evidenciando a relação entre a política e o direito e identificando os componentes relacionados com essas esferas e suas conexões.

Para isso, foi necessário abordar, nos primeiros dois capítulos, os aspectos teóricos do tema, apresentando a metodologia e principais categorias a serem utilizadas na análise aplicada. Considerando o caráter interdisciplinar do tema políticas públicas, bem como a preocupação com seu regime de efeitos político-jurídicos, partiu-se da base teórica do neoinstitucionalismo histórico, cara à ciência política, para permitir o alargamento de sua aplicação analítica pela incorporação do ferramental dogmático-jurídico característico dos ramos didaticamente autônomos do direito.

Como pressuposto de análise, consoante a linha neoinstitucionalista histórica, considerou-se que as políticas públicas, por meio de suas instituições, conformam as condutas dos atores e distribuem desigualmente o poder, além de serem significativamente dependentes de sua trajetória institucional. O esforço investigativo, no caso em tela, concentrou-se no plano mesoinstitucional das políticas públicas, com foco na noção de arranjo jurídico-institucional, conceito que foi utilizado ao longo de todo o texto e que, por isso, demandou tratamento prévio.

Outra categoria de destaque ao longo da dissertação foi a de oportunidades de veto, quais sejam, instâncias ou conformações institucionais que atribuem a determinados atores, de modo privilegiado, a possibilidade de influir derradeiramente sobre os destinos de uma política ou proposição.

O conceito de política pública como programa de ação governamental composto por processos juridicamente regulados também foi pressuposto essencial do trabalho. A noção de processos em políticas públicas, com sua diversidade, permitiu identificar possibilidades de aplicação de metodologias caras à ciência política de forma mais precisa em esferas além do processo legislativo ou eleitoral, como o processo judicial e o processo governamental. A identificação de oportunidades de veto, aliada à “caixa de ferramentas” proporcionada pela dogmática jurídica, se mostrou útil para delinear as disfunções jurídico-institucionais do setor de saneamento, além de suas manifestações nas diversas esferas de processualidade.

No capítulo 3, procurou-se prover as bases analíticas da política de saneamento a possibilitar, posteriormente, o exame crítico por meio da utilização das categorias teóricas previamente expostas. Situou-se materialmente a temática no campo do serviço público, e destacou-se seu caráter redistributivo. Em seguida, foi feita uma descrição essencial tanto do ambiente jurídico-institucional e dos interesses gerais que orbitam o setor quanto do arranjo jurídico-institucional da política. Foi realizada uma leitura dos principais pontos do marco instituidor, a Lei Federal 11.445/07, bem como citados outros elementos do arranjo institucional componentes do quadro de referência.

A trajetória condicionante do setor de saneamento foi exposta a fim de subsidiar as reflexões feitas. Descreveu-se a evolução do setor, especialmente o modelo do PLANASA na década de 70, no qual a estrutura de prestação concentrada nas companhias estaduais de saneamento se estabeleceu, assim como os motivos da decadência do modelo, relacionados com a transformação do ambiente institucional e o colapso das estruturas de financiamento.

No quarto e último capítulo, procurou-se trazer luz às disfunções no arranjo jurídico-institucional da política de saneamento, intensificando seu exame crítico, bem como qualificar juridicamente as oportunidades de veto, quando possível, na medida em que foram identificadas.

Com a análise do processo legislativo pós-PLANASA, pôde-se identificar como as diversas visões e interesses (estadualistas, municipalistas, privatistas e publicistas) influíram sobre a construção do marco normativo, o qual se alongou por muitos anos até que se chegasse a um termo final com a Lei 11.445/07. No processo legislativo das diversas proposições, houve desde veto presidencial integral a um projeto de viés estatista aprovado no Congresso, até organização de setores da sociedade civil para barrar a aprovação de projeto de viés eminentemente privatista. O resultado final foi um marco normativo com algumas incongruências e omissões que contribuíram, juridicamente, para o acirramento de disputas no âmbito judicial e governamental, deslocando-as de sua seara natural.

Ao tratar do processo judicial, demonstrou-se como a omissão legislativa contribuiu para um cenário de embate judicial de interesses que criou insegurança jurídica, além de propiciar oportunidades de veto a determinados atores, com destaque às companhias estaduais, favorecendo as situações fáticas já consolidadas.

Finalmente, na última parte do capítulo 4, foi dado destaque maior a algumas das principais disfunções do arranjo jurídico-institucional da política de saneamento.

Discorreu-se sobre o impacto que a indefinição sobre indenizações de bens reversíveis trouxe à ação governamental, discussão cuja existência, por si só, já surtiu distorções e privilégios às companhias estaduais no processo governamental. Foi apontada também a conjunção entre o instituto do contrato de programa em conjunto com a dispensa de licitação para sua celebração, como oportunidade de veto juridicamente qualificada a obstar uma melhor participação privada por meio de concessões municipais de prestação dos serviços.

Criticaram-se as disposições do PLANSAB sobre projeções econômicas e previsão de investimento, mostrando que o estabelecimento de cenários irreais para as capacidades estatais caracterizavam a inadequação da opção ideológica pelo modelo eminentemente estatal de prestação de serviços. Adicionalmente, a menção às obras paralisadas do PAC 1 e 2 contribuiu para ilustrar o raciocínio de que o modelo puramente estatal pode não ser o mais indicado a superar os desafios de universalização.

Sobre o problema do financiamento, ressaltou-se como um defeito de institucionalização oriundo do processo legislativo, com a descaracterização da proposta original de criação de um fundo centralizado com governança democrática e transparente, contribuiu para o fortalecimento ainda maior dos interesses das companhias estaduais, para as quais a dinâmica dos subsídios cruzados, menos transparente, é vantajosa.

Acerca da regulação do setor, foi demonstrado como, na prática, a concentração de papéis de regulador, prestador, planejador e acionista controlador no âmbito de um mesmo ente federativo, ainda que se tratem de papéis formalmente distintos e independentes, pode, potencialmente, representar defeito do arranjo jurídico-institucional.

E, finalmente, mencionou-se a falta de efetividade normativa quanto ao cumprimento de prazos para a elaboração de planos municipais de saneamento básico, o que certamente tem impacto negativo sobre os resultados concretos da política pública.

Como conclusão geral do trabalho, remontando ao problema de pesquisa e à hipótese proposta, há claras evidências de que os resultados insatisfatórios observados no setor de saneamento básico no Brasil se devem a fatores jurídico-institucionais, como os acima expostos. Almeja-se ter contribuído, de alguma forma, para a continuidade do desenvolvimento de um método de análise de políticas públicas no qual a relação entre os elementos jurídico e político é a peça central, e o mapeamento de defeitos ou gargalos é o objetivo. Espera-se, também, ter colaborado com as reflexões específicas sobre os problemas e desafios setoriais do saneamento básico no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Guilherme da Rocha. Estruturas de financiamento aplicáveis ao setor de saneamento básico. *BNDES Setorial*, n. 34, p. 45-94, 2011. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set3402.pdf>. Acesso em: 12 maio. 2016.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito ao saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico*. Campinas: Millenium, 2010.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias. *Revista dos Advogados*, ano XXIX, n. 107, p. 25-32, 2009.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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: <http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/handle/11465/441> Acesso em 18 mai 2016.

AUBERT, Jean-François. Switzerland. In: BUTLER, David; RANNEY, Austin. *Referendums: A Comparative Study of Practice and Theory*. Washington: The American Enterprise Institute, 1978. p. 39-66.

AZEVEDO, Paulo. Público versus privado: efeitos das privatizações sobre o acesso e a equidade do acesso a serviços de saneamento básico no Brasil. In: 42º ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 2014, Natal. *Anais do 42º Encontro Nacional de Economia*. Brasília: ANPEC, 2014. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/novosite/br/encontro-2014>>. Acesso em: 3 jul 2017.

AZZONI, Carlos Roberto; SCRIPTORE, Juliana Souza. Impactos do saneamento básico sobre a saúde uma análise espacial. In: 44º ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 2016, Foz do Iguaçu. *Anais do 44º Encontro Nacional de Economia*. Brasília: ANPEC, 2016. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/novosite/br/44-encontro-nacional-de-economia--trabalhos-selecionados>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

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.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de informação legislativa*, v. 38, n. 153, p. 255-270, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Saneamento Básico e Federalismo: serviço público e competências comuns. In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al (Coord.). *Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 197-213.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *Garantia de Direitos e Separação dos Poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BOLZAN, Fabrizio. A natureza da contraprestação pecuniária nos serviços de saneamento básico: taxa ou tarifa? In: PICININ, Juliana et al (Org.). *Saneamento Básico – Estudos e pareceres à luz da Lei 11.445/2007*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 161-186.

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.

_____. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 104, p. 20-34, 2009. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/5816/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. Quadro de referência de uma política pública. Primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina (Orgs.). *O Direito na Fronteira das Políticas Públicas*. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015. pp. 7-11.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo R.; Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEN, Pedro Salomon B.(Orgs.). *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017. p. 313-340.

CALDEIRA, Gregory A. Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan. *The American Political Science Review*, v. 81, n. 4, p.1139-1153, 1987.

CÂMARA, Camila G; FRANÇA, Vladimir da Rocha. O subsídio cruzado na política nacional de saneamento básico como mecanismo de garantia ao desenvolvimento sustentável e aos direitos fundamentais. In: CUNHA, Belinda Pereira da; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; DOMINGOS, Terezinha de Oliveira (Orgs.). *Direito e Sustentabilidade*. João Pessoa: CONPEDI, 2014. p. 37-63.

CAMATTA, Adriana Freitas Antunes. *Saneamento Básico. Desafios na universalização frente aos impasses econômicos e sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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

CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *O direito do saneamento básico*, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CHOUDHRY, Sujit. The Lochner era and comparative constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n.1, p.1-55, 2004.

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.165-80, 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. O direito nas políticas sociais brasileiras: Um estudo sobre o programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G; TRUBEK, David M. (Orgs.). *Direito e Desenvolvimento: Um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73-131.

_____. Saneamento básico: aumentos tarifários para investimentos na melhoria e expansão do serviço, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 264, p. 281-300, 2013.

COUTINHO, Diogo Rosenthal et al. Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 2, Relatório de Pesquisa n. 10, 2006.

CREPAZ, Markus M.; MOSER, Ann W. The impact of collective and competitive veto points on public expenditures in the global age. *Comparative Political Studies*, v. 37, n. 3, p. 259-285, 2004.

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.

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. 47-56.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie, 1923.

FELTRIN, Camila. *Sabesp e prefeituras brigam por dívida bilionária*. 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/municipios-da-grande-sp-acusam-sabesp-de-sufocamento-financeiro-3996.html>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. Path dependency e os estudos históricos comparados. *BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, n. 53, p. 79-102, 2002.

FORTINI, Cristina; ROCHA, Rúsvel Beltrame. Consórcios públicos, contratos de programa e a lei de saneamento. In: PICININ, Juliana et al (Org.). *Saneamento Básico – Estudos e pareceres à luz da Lei 11.445/2007*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p.137-156.

FREITAS, José Carlos de. Água, Saneamento e Saúde. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Direito, água e vida*, v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. p. 603-619.

FREY, Bruno S. Institutions matter: The comparative analysis of institutions. *European Economic Review*, v. 34, n. 2, p. 443-449, 1990.

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

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação - aplicação o Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary, C. R. Political Science and the Three New Institutionalisms. *Political Studies*, n. 44, p. 936-957, 1996.

HAURIOU, Maurice. *A Teoria da Instituição e da Fundação*. Trad. José Ignacio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

HELLER, Leo et al. A experiência brasileira na organização dos serviços de saneamento básico. In: CASTRO, Esteben José; HELLER, Leo (Orgs.). *Política Pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo horizonte: Fiocruz, 2013. p. 483-502.

IMMERGUT, Ellen. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas Públicas*. Coletânea, vol. 1. Brasília: ENAP, 2006. p. 155-195.

_____. The rules of the game: The logic of health policy-making in France, Switzerland and Sweden. In: STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.p. 57-89.

INSTITUTO TRATA BRASIL. *Benefícios econômicos da expansão do saneamento brasileiro*. São Paulo: FGV/IBRE, 2010. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/novo_site/cms/files/trata_fgv.pdf>. Acesso em: 09 maio. 2016.

_____. *Relatório – 7 anos de Acompanhamento do PAC SANEAMENTO*. 2016. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/de-olho-no-pac/2016/relatorio.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

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

JÈZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Tome II, 3e. Ed. Paris: Lib. Marcel GIRARD, 1930.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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.

LEOPARDI, Maria Tereza; BARROS E CASTRO; Marco Tulio de. Uma abordagem jurídica de análise de políticas públicas. *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol.4, n. 2, p. 9-22, 2017.

LINDBLOM, Charles E. Muddling Through 2: a ubiquidade da decisão incremental. In: HEIDEMANN, Francisco G; SALM, José Francisco. *Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora UnB, 2010. p. 181-203.

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. Trad. 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 (Orgs.). *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: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/02>>. Acesso em: 02 out. 2017.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o Conceito de Serviço Público e suas Configurações na Atualidade. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 46, p. 63-77, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Nova crise do serviço público? In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sergio Sérvulo da (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 527-538.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Marina Figueira de. Privatização do setor de saneamento no Brasil: quatro experiências e muitas lições. *Economia Aplicada*, Ribeirão Preto, v. 9, n. 3, p. 495-517, 2005.

MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat, Baron de la. *O espírito das Leis*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Editora Verbo, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder concedente para abastecimento de água. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, p. 23-34, 1998.

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: _____. (Coord.). *Saneamento Básico no Brasil. Aspectos jurídicos da Lei Federal 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVEIRA, Gesner; VASCONCELOS, Andréa Costa de. Subsídio à população de baixa renda: mecanismo para universalização dos serviços públicos de saneamento. In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al (Coord.). *Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.173-196.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global Costs and benefits of drinking-water supply and sanitation interventions to reach the MDG target and universal coverage*. Genebra: WHO Press 2012. Disponível em: <http://www.who.int/water_sanitation_health/publications/2012/globalcosts.pdf>. Acesso em: 09 maio. 2016.

OSTROM, Elinor. New horizons in institutional analysis. *American Political Science Review*, v. 89, n. 1, p. 174-178, 1995.

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.

RIPLEY, Randall B. *Stages of the policy process*. In: MC COOL, Daniel (Org.). *Public Policy. Theories, Models and Concepts. An Anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995. p. 155-173.

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 (Orgs.). *Política Pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo horizonte: Fiocruz, 2013. p. 467-482.

RIKER, William H. The Two-Party System and Duverger's Law: An Essay on the History of Political Science. *The American Political Science Review*, v. 76, n. 4, p. 753-766, 1982.

ROUSE, Michael. Paradigma centrado no setor privado. In: CASTRO, Esteben José; HELLER, Leo (Orgs.). *Política Pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo horizonte: Fiocruz, 2013. p.196-213.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANCHEZ, Oscar Adolfo. A privatização do saneamento. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 89-101, 2001.

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. Ativismo Estatal e Industrialismo Defensivo: Instrumentos e Capacidades na Política Industrial Brasileira. In: GOMIDE, Alexandre; PIRES, Roberto (Orgs.). *Capacidades Estatais e Democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Vol. 1. Brasília: Ipea, 2014. p. 239-265.

SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Conflito de Interesses nas Empresas Estatais: Uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp. *Revista Direito e Práxis* [ahead of print], Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/27922/21606>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2001.

_____. Parcerias Institucionais no setor de saneamento básico: chance ou ameaça às empresas estatais? In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al (Coord.). *Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 471-488.

SCRIPTORE, Juliana Souza; TONETO JUNIOR, Rudinei. A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho dos provedores públicos e privados. *Rev. Adm. Pública* v. 46, n. 6, p. 1479-1504, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v46n6/a04v46n6.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

SECRETARIA NACIONAL DE SANEAMENTO AMBIENTAL. *Plano Nacional de Saneamento – PLANSAB*. Brasília: Ministério das Cidades, 2013. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos_PDF/plansab_06-12-2013.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2016.

SKOCPOL, Theda. Bringing the state back in: Strategies of analysis in current Research. In: EVANS, Peter; RUESCHEMEYER, Dietrich; SKOCPOL, Theda (Orgs.). *Bringing the state back in*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. p. 3-37.

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

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 65-84.

SOUZA, Christiane Maria Cruz de. A constituição de uma rede de assistência à saúde na Bahia, Brasil, voltada para o combate das epidemias. *Dynamis*, Granada, v. 31, n. 1, p. 85-105, 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.

STEINMO, Sven; THELEN, Kathleen; LONGSTRETH, Frank. *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. Considerações sobre a possibilidade de transmutação do contrato de programa em contrato de concessão quando da realização de leilão de ações de sociedade de economia mista. In: LUNA, Guilherme Ferreira Gomes et al (Coord.). *Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 213-231.

TAMBULASI, Richard. Conditionality, Path Dependence and Veto Points: The Politics of Hospital Autonomy Reforms in Malawi. *Journal of Asian and African Studies*, v. 50, n. 2, p. 176-195, 2015.

TAYLOR, Matthew M. Veto and Voice in the Courts: Policy Implications of Institutional Design in the Brazilian Judiciary. *Comparative Politics*, v. 38, n. 3, p. 337-355, 2006.

TEIXEIRA, Júlio César; OLIVEIRA, Guilherme Soares de; VIALI, Amanda de Mello; MUNIZ, Samuel Soares. Estudo do impacto das deficiências de saneamento básico sobre a saúde pública no Brasil no período de 2001 a 2009. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, Rio de Janeiro, v.19, n. 1, p.87-96, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TSEBELIS, George. Veto Players and Law Production in Parliamentary Democracies: An Empirical Analysis. *The American Political Science Review*, v. 93, n. 3, p. 591-608, 1999.

VASCONCELOS, Adalberto Santos de. O Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Rodovias Federais no Brasil. 2004. 159f. Monografia (Especialização em Controle Externo) – Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Brasília. 2004. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/equilibrio-economico-financeiro-nas-concessoes-de-rodovias-federais-no-brasil-o.htm>>. Acesso em: 09 set. 2017.

WILLIAMSON, John: What Washington Means by Policy Reform. In: _____ (Ed.). *Latin American Readjustment: How Much has Happened*. Washington: Institute for International Economics, 1990. p. 5-20.

ZEHAVI, Amos J. Veto Players, Path Dependency, and Reform of Public Aid Policy toward Private Schools: Australia, New Zealand, and the United States. *Comparative Politics*, v. 44, n. 3, p. 311-330, 2012.