

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA

FACULDADE SÃO LEOPOLDO MANDIC

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO SANEAMENTO

EVERTON PIRES DE OLIVEIRA

**PRINCIPAIS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA O
DESENVOLVIMENTO DA INFRAESTRUTURA E UNIVERSALIZAÇÃO DOS
SERVIÇOS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO BRASIL (ÊNFASE NO
CONTRATO DE PROGRAMA)**

**BRASÍLIA,
JANEIRO DE 2016**

EVERTON PIRES DE OLIVEIRA

**PRINCIPAIS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA
DESENVOLVIMENTO DA INFRAESTRUTURA E
UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ESGOTAMENTO
SANITÁRIO NO BRASIL (ÊNFASE NO CONTRATO DE
PROGRAMA)**

Monografia apresentada no curso de Pós-
Graduação em Direito como requisito parcial
para obtenção do título de Especialista em
Direito do Saneamento

Marilda de Paula Silveira,
Professora Doutora Orientadora

BRASÍLIA,
JANEIRO 2016

As opiniões expressas neste trabalho são de exclusiva responsabilidade do(a) autor(a)

RESUMO

O trabalho focaliza o desafio de universalizar a infraestrutura para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário no Brasil, numa época de especial demanda por tais serviços, levando em conta a obrigação de preservação do meio ambiente, analisando e comparando os principais modelos contratuais e de investimento para viabilizá-lo, tais como Consórcios Públicos, Concessões e as PPPs, destacando a Legislação do Saneamento e dos serviços públicos.

Palavras-chave: Saneamento. Esgoto. Infraestrutura. Investimentos.

ABSTRACT

This work focuses the challenge to universalize the infrastructure to rendering sewer public service in Brasil, in a time when there is a special demand for it, taking into account the obligation to preserve environment, analyzing and comparing these main contracts e investments to get it, such as Cooperative Arrangements, Build Operate Transfers Contracts and Public-Private Partnerships, emphasizing the legislation about sanitation and public services.

Key words: Sanitation. Sewer. Infrastructure. Investments.

SÍMBOLOS, ABREVIATURAS, SIGLAS E CONVENÇÕES

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CORSAN	Companhia Riograndense de Saneamento
IDP	Instituto Brasiliense de Direito Público
PPP	Parceria Público-Privada
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CEF	Caixa Econômica Federal
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
EM	Exposição de motivos
ART	Artigo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 - LEGISLAÇÃO SOBRE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL.....	9
1.1 - Aspectos históricos	9
1.2 - O Marco Regulatório do Saneamento e o PAC	14
CAPÍTULO 2 - INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA UNIVERSALIZAÇÃO	22
2.1 - Concessões e Parcerias Público-Privadas	22
2.2 - A Lei dos Consórcios e o Contrato de Programa.....	35
2.3 - A conexão à rede de esgoto	46
CONCLUSÕES.....	53
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

A Legislação que regulamenta os Consórcios Públicos para viabilizar a gestão associada para prestação dos serviços públicos entre os entes federados, trouxe, dentre outras inovações, a figura do Contrato de Programa, mormente para, em um modelo em cooperação federal, viabilizar a construção de uma infraestrutura para os serviços públicos no Brasil.

Tal modelo é financiado, basicamente, com recursos públicos, em face das diversas linhas de financiamento disponibilizadas pela União através da Caixa Econômica Federal e BNDES, eis que se sabe que os recursos exclusivamente derivados da arrecadação tarifária são insuficientes para tal desiderato, conforme adiante restará demonstrado.

Tal condição faz a gestão associada para prestação de serviços públicos não tão dependente da disposição da iniciativa privada para viabilizar os investimentos, contrariamente ao que acontece com uma concessão plena ou com as Parcerias Público-Privadas (esta com necessidade de estudo prévio que justifique a escolha pelo modelo).

Importante evitar que dependamos essencialmente da disposição do mercado para investir, mormente quando a exploração econômica da delegação envolve a edificação de infraestrutura, em especial para os serviços de esgotamento sanitário, não se cingindo a mera exploração da já existente na prestação dos serviços delegados, em face do elevado custo necessário para concretizá-la, o que aumenta o risco do investimento.

Em face de o saneamento ser um serviço público essencial, ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, não pode o mesmo estar sujeito apenas a inflexões mercadológicas e que dependam apenas do interesse do empreendedor para viabilizar o investimento estruturante, eis que deve o Estado ter mecanismos e autonomia estrutural para capitanear o processo, mormente levando

em conta o estágio de subdesenvolvimento em que nos encontramos, com apenas 50% do esgoto gerado sendo tratado no país,¹ sem olvidar da participação privada, nos casos e hipóteses em que a mesma pode investir e tem interesse para tanto.

Portanto, também é importante que o setor privado promova investimentos necessários à perfectibilização da infraestrutura para consecução da universalização dos serviços públicos em saneamento básico no Brasil nos casos possíveis e nos quais tenha interesse em investir, em especial o esgotamento sanitário.

Porquanto como é sabido, o investimento para viabilizar a universalização do esgoto é alto, a resistência dos usuários à conexão à rede de esgotamento pode ocorrer e o retorno para tal investimento ocorre no longo prazo, caso em que as Parcerias Público-Privadas, após devidamente justificadas, podem, em concomitância com o Contrato de Programa ou Concessão, preencher espaço fundamental para a tão sonhada universalização dos serviços de esgotamento sanitário, o que inegavelmente era o objetivo do legislador quando editou a legislação referida.

¹ Dados coletados no site na Internet do Instituto Trata Brasil (OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), Disponível em <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil>> acessado em 29/01/2016.

CAPÍTULO 1 – LEGISLAÇÃO SOBRE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

1.1 – ASPECTOS HISTÓRICOS

Pode-se dizer que a base para a estruturação do que hoje se conhece e estuda como Legislação Nacional do Saneamento foi iniciada nos regramentos que instituíram, em 1967, Política Nacional de Saneamento, por meio da Lei 5.318/67, de 26 de setembro de 1967.²

No artigo 2º da referida Lei estavam abarcados todos os serviços que hoje são regrados pelo Marco Regulatório do Saneamento (água, esgoto, drenagem e resíduos sólidos), além do “controle da poluição ambiental”, “controle das modificações artificiais das massas de água” e “controle de inundações e de erosões”.³

Hoje, os temas referidos anteriormente e não elencados na Lei do Saneamento são objeto de tutela por legislações específicas que foram sendo editadas ao longo do tempo, tais como as Leis nº 6.938/81 (Meio Ambiente), 9.433/97 (Recursos Hídricos) e 12.305/10 (Resíduos Sólidos), a título de exemplo.

Entretanto, não se pode olvidar do período progressivo a tal legislação, quando a prestação do serviço ficava a cargo dos Municípios.

² BRASIL. Lei nº 5.318, de 26 de setembro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento e cria o Conselho Nacional de Saneamento. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de setembro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5318.htm> acessado em 30 de outubro de 2015.

³ Art. 2º A Política Nacional de Saneamento abrangerá:

- a) saneamento básico, compreendendo abastecimento de água, sua fluoretação e destinação de dejetos;
- b) esgotos pluviais e drenagem
- c) controle da poluição ambiental, inclusive do lixo;
- d) controle das modificações artificiais das massas de água;
- e) controle de inundações e de erosões.

Segundo Karine Demoliner⁴ esta é a descrição de tal período:

Bastiaan Philip Reydon, por sua vez, lembra que desde o período colonial o serviço de saneamento básico esteve a cargo dos *Municípios* e sua gestão vinculada ao Ministério da Saúde, tendo passado por diversas institucionalizações ao longo dos tempos. Em um primeiro momento, foram criados departamentos específicos para o saneamento e posteriormente, autarquias, visando a uma maior autonomia. Assim, a partir de 1952, o Serviço Especial de Saúde Pública (SESP), atualmente denominado de Fundação Nacional da Saúde (FUNASA), concebeu os primeiros Serviços Autônomos de Água e Esgotos (SAAE) para funcionarem junto aos municípios mais carentes. Todavia, impende frisar que o SESP continuou administrando esses novos departamentos, com o objetivo de garantir-lhes auto-sustentação, preparando-os para que pudessem, mais tarde, administrar os seus próprios serviços. Já as primeiras empresas de economia mista para o setor surgiram no final da década de 50, quando a Administração Pública havia assumido praticamente toda essa prestação. Em 1962, fundou-se a primeira Companhia Estadual de Saneamento Básico, a CASAL de Alagoas e, em menos de uma década, apenas quatro Estados da Federação não possuíam companhias deste feito. É de se destacar, ainda, que a falta de informações precisas na área de saneamento reinava à época – fato ainda não resolvido integralmente nos dias atuais – o que impedia a formulação de programas específicos e sincronizados nos três níveis de governo. Estudos demonstram que no final dos anos 60 não havia critério para fixar, com rigor, quais eram os níveis de cobertura real desses serviços, estimando-se que cerca de 45% da população eram abastecidas com água encanada, caindo para 20% o atendimento com rede de esgoto. Sintetizando essa primeira fase, é possível afirmarmos que os escassos recursos financeiros consignados nos orçamentos públicos, naquela época e em todos os níveis de governo, eram pulverizados em diferentes instituições. Ademais, o crescimento acelerado da população somado ao sistema de tarifação irreal praticado, aliados à ausência de instrumentos de planejamento sistemático, acabaram gerando o exaurimento do modelo, comprovado pelos baixos índices de atendimento à população, de sorte que a população passou a clamar por transformações drásticas.

Vê-se claramente que o modelo inicial, focado basicamente na força e nos recursos dos Municípios e sem qualquer ou, no mínimo, com pouquíssimo apoio federal, acabou por ser insuficiente para o atendimento das demandas da população, sendo necessária a pronta intervenção do Governo Federal com o Plano Nacional de Saneamento – Planasa, conforme adiante será mais bem explanado, sendo o mesmo adotado e tendo o seu ápice no período de

⁴ DEMOLINER, Karine Silva. *Água e Saneamento Básico. Regimes Jurídicos e Marcos Regulatórios no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 111/112.

exceção, entre 1964 e 1984.

A mesma autora⁵ explana de forma bastante elucidativa o processo de estruturação da base para implantação do PLANASA, tendo como esteio principal nas Companhias de Saneamento:

Para enfrentar esta situação e instituir uma política adequada de saneamento básico, o governo federal criou, em 1968, o Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), tendo o Banco Nacional de Habitação (BNH) como órgão gestor. A partir de um estudo realizado e financiado por esses órgãos, criaram-se as condições necessárias para a implementação de um novo projeto. Destarte, em 1971, durante o VI Congresso Brasileiro de Engenharia Sanitária, foi lançado oficialmente o Plano Nacional de Saneamento, mais conhecido como PLANASA. Cançado destaca que esse plano “[...] constituiu um marco histórico e institucional para o setor de saneamento, sendo o seu mais importante – e talvez único – modelo de regulação. Foi por meio deste projeto, extremamente técnico, que o acesso à água tratada e ao esgotamento sanitário atingiu os melhores níveis em todos os tempos no Brasil, sendo que a sua estrutura, em linhas gerais, permanece arraigada até hoje.

(...)

Importante entender a estrutura criada para garantir a estrutura do Planasa, pois desde a sua concepção esse projeto caracterizou-se pela *centralização* – na União – das funções de planejamento, coordenação, controle e apoio financeiro. Esta, por sua vez, passou a incentivar soluções em nível estadual por razões claras: o banco (BNH) considerava os municípios muito fracos na estrutura político-administrativa, acreditando que os estados possuíam maior capacidade técnica e financeira para prestarem tal serviço. Partiu, assim da premissa de que apenas uma empresa atuando em diversos municípios resultaria em maior eficiência e economia, rompendo, destarte, com o sistema anterior. Argumentava-se, ainda em favor dessa tese, que se o setor de saneamento fosse administrado pelos municípios, restaria mais exposto a interferências políticas prejudiciais, quando o que se queria era exatamente o contrário, ou seja, um ambiente de decisões técnicas, ainda que contrárias aos interesses imediatos dos políticos locais. A regulamentação desses serviços ficou, assim, sob a responsabilidade do BNH, enquanto as Companhias Estaduais (CESBs) foram incumbidas da execução das políticas formuladas. Nesta senda, as Companhias Estaduais de Saneamento ganharam força, assumindo rapidamente o papel antes conferido aos Municípios, eis que estes já mais possuíam condições de competir, restando-lhes apenas a possibilidade de concederem aos Estados a prestação dos seus serviços, ou manterem-se às suas próprias

⁵ Ob. cit., p. 112 e 113.

expensas.

Importante lembrar também a relevância, durante este período, do Departamento Nacional de Obras e Saneamento – DNOS, eis que segundo o artigo 7º do Decreto-Lei nº 248, de 28 de fevereiro de 1967,⁶ caberia ao mesmo a execução da política de saneamento básico no âmbito federal.⁷

Nesse cenário, foi estruturado o arcabouço jurídico que viabilizou a prestação de serviços aos municípios brasileiros pelas Companhias Estaduais, com a relação jurídica instituída e regradada por contratos de concessão ou atos do Governo do Estado, bem como convênios para prestação de serviços de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto cloacal e de execução de obras de infraestrutura.

Tal ramo do Direito ganhou importante regramento no ano de 1978, a Lei nº 6.528/78,⁸ que dispunha sobre as tarifas do Sistema Público de Saneamento, sendo tal Lei regulamentada pelo Decreto nº 82.587/78,⁹ que, resumidamente, dispunha que:

- a) Cabia ao Ministério do Interior a expedição de normativas acerca das tarifas que seriam cobradas pelas Companhias de Saneamento;
- b) O mesmo Ministério poderia requisitar a disponibilização de recursos, a fundo perdido, para investimento no PLANASA;

⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 248, de 28 de fevereiro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento Básico, cria o Conselho Nacional de Saneamento Básico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 1967. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-248-28-fevereiro-1967-356864-publicacaooriginal-1-pe.html>> acessado em 30 de novembro de 2015.

⁷ Art. 7º A execução da Política Nacional de Saneamento Básico, no âmbito federal, é atribuição do Departamento Nacional de Obras de Saneamento.

⁸ BRASIL. Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 de maio de 1978. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6528.htm> acessado em 30 de novembro de 2015.

⁹ BRASIL. Decreto nº 82.587, de 06 de novembro de 1978. Regulamenta a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de novembro de 1978. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D82587.htm> acessado em 30 de novembro de 2015.

c) Havia a autoregulação do serviço.

Tal sistema funcionou bem até a extinção do Banco Nacional de Habitação – BNH, por meio do Decreto-Lei nº 2.291/86,¹⁰ de 21 de novembro de 1986, sendo o mesmo incorporado à Caixa Econômica Federal relativamente a direitos e obrigações pregressos.

Tais obrigações estavam delineadas no artigo 1º do referido Decreto-Lei,¹¹ mormente a gestão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e, também, na gestão do Planasa, conforme regrado no Parágrafo Primeiro do mesmo artigo.¹²

Tal assunção do passivo do BNH por parte da Caixa Econômica Federal fez com que a mesma herdasse uma dívida elevadíssima.

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1986. Extingue o Banco Nacional da Habitação - BNH, e dá outras Providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de novembro de 1986. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2291.htm> acessado em 30 de outubro de 2015.

¹¹ Art. 1º - É extinto o Banco Nacional da Habitação - BNH, empresa pública de que trata a Lei número 5.762, de 14 de dezembro de 1971, por incorporação à Caixa Econômica Federal - CEF.

¹² § 1º - A CEF sucede ao BNH em todos os seus direitos e obrigações, inclusive:

(...)

b) na gestão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do Fundo de Assistência Habitacional e do Fundo de Apoio à Produção de Habitação para a População de Baixa Renda;

c) na coordenação e execução do Plano Nacional de Habitação Popular - PLANHAP e do Plano Nacional de Saneamento Básico - PLANASA, observadas as diretrizes fixadas pelo Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente;

1.2 – O MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO E O PAC

Em face da capacidade de investimento reduzida, os investimentos em saneamento (infraestrutura e serviços), foram reduzidos drasticamente, sendo que sua retomada em larga escala somente ocorreu após a criação do Plano de Aceleração do Crescimento – PAC e da entrada em vigor da Lei 11.445/2007.¹³

A nova Lei (referida no parágrafo anterior) representa uma evolução em relação à Lei 6.528/78, porquanto além de revogá-la explicitamente, também regula todos os pormenores do setor, não enfocando a regulamentação primordialmente na questão tarifária como a Legislação de 1978, esta centralizando o Poder apenas na União.

A Lei foi publicada em 11 de janeiro de 2007, sendo a mesma considerada o Marco Regulatório do Saneamento na República Federativa do Brasil, eis que com base nela e para cumprí-la, vem sendo adotado o novo modelo de contratação pelas Companhias de Saneamento públicas do País e que vem sendo aceito pela grande maioria dos municípios que as contratam, no caso através do Contrato de Programa, em face da gestão associada conveniada, tal como será explanado em capítulo próprio.

Consoante artigo 2º, incisos I a XIII da mesma Lei, ela é calcada nos seguintes princípios fundamentais:

- a) universalização do acesso;
- b) integralidade, compreendida como o conjunto de todas as

¹³ BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 de janeiro de 2007 e retificado no dia 11 do mesmo mês. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm> Acessado em 29 de novembro de 2015.

atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

- c) abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;
- d) disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;
- e) adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;
- f) articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;
- g) eficiência e sustentabilidade econômica;
- h) utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;
- i) Transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;
- j) controle social;
- k) segurança, qualidade e regularidade;
- l) integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos;
- m) adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água.

Dentre outras inovações que esta Lei trouxe, cabe destacar uma importante exigência que consta na mesma e que tem direta influência na prestação do serviço de saneamento básico e que é a obrigatoriedade de ser elaborado o Plano de Saneamento do Município.

Tal plano não é apenas condição de validade do Contrato de Programa (artigo 11, I da Lei do Saneamento), mas também condiciona toda a prestação do serviço público ao longo do contrato, porquanto deve ser feita levando em consideração os ditames de tal regramento, com estudos de indiquem a sua viabilidade técnica e econômico-financeira (artigo 11, I e II da Lei).

A Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, na Cláusula Terceira dos seus Contratos de Programa conceitua o que seria o Plano de Saneamento:¹⁴

DAS DEFINIÇÕES:

CLÁUSULA TERCEIRA – Para os efeitos deste contrato, considera-se:

(...)

V. Plano Municipal de Saneamento Básico - Instrumento da política de saneamento do MUNICÍPIO que deverá abranger o diagnóstico da situação local e seus impactos nas condições de vida; objetivos e metas para universalização dos serviços; programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas; ações de emergência e contingência; e, mecanismos e procedimentos de avaliação do que foi planejado.

Importante referir que existem algumas regras importantes a serem observadas quando se fala da elaboração do Plano de Saneamento, sendo que as principais são (artigo 19 da Lei do Saneamento):

- a) Cabe ao titular da prestação do serviço a sua elaboração, devendo haver também a realização de estudos de

¹⁴ TAQUARI (Estado do Rio Grande do Sul). Contrato de Programa firmado com a CORSAN em 06 de julho de 2012. Disponível em <http://www.taquari.rs.gov.br/uploads/norma/17315/Contrato_Corsan_2012_2042.pdf> Acessado em 08 de janeiro de 2016.

viabilidade técnica e econômico-financeira para o seu cumprimento, tal como referido alhures (artigo 9º e 11, I e II);

- b) Devem ser compatíveis com os Planos das Bacias Hidrográficas nas quais esteja inserido o Município responsável pela elaboração, conforme artigo 19, § 3º da Lei (intersectorialidade);
- c) Devem ser revistos quadrienalmente, objetivando atualização das necessidades do Município em tal segmento (artigo 19, § 4º a Lei).

Nivaldo Brunoni, na obra coordenada por Vladimir Passos de Freitas,¹⁵ assim discorre sobre o tema, ressaltando a importância da participação popular no processo de elaboração do Plano Municipal de Saneamento:

O Plano Municipal de Saneamento deve garantir a plena participação popular nas tomadas de decisão. A participação da comunidade otimiza o conhecimento dos problemas urbanos e potencializa a execução eficaz das diretrizes estabelecidas: “[...] *as experiências tem demonstrado que não é razoável fomentar a participação de um só componente social , mesmo que esse seja expressivo. É importante garantir a participação ampla, contemplando agentes públicos, sociedade civil organizada e a população em geral.*”

Importante referir que quando se fala de saneamento básico, há que ser lembrada a intersectorialidade inerente a este setor, cuja perfectibilização ocorre com a compatibilidade que deve existir entre os Planos das Bacias Hidrográficas (artigo 19º, § 3º da Lei 11.445/2007),¹⁶ de Resíduos Sólidos e de Drenagem Pluvial com o Plano de Saneamento do Município (planejamento compartilhado).

Acerca da compatibilidade do Plano de Saneamento com o Plano da Bacia Hidrográfica na qual esteja inserido o Município, cabem trazer à

¹⁵ FREITAS, Vladimir Passos de Freitas *et alii*. *Águas: Aspectos Jurídicos e Ambientais*. 3. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008. p. 109.

¹⁶ § 3º Os planos de saneamento básico deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos.

lume as considerações de Maria Luiza Machado Granziera¹⁷ acerca da Bacia Hidrográfica como unidade de gestão dos recursos hídricos da mesma, eis que seguramente esta é a principal razão para a exigência de tal compatibilidade:

Embora se possam encontrar inúmeros exemplos diferentes de planejamento de de recursos hídricos, a tendência moderna é não se considerarem, *a priori*, quaisquer utilizações preferenciais, mas sim contemplar uma série de usos segundo uma perspectiva de gestão global, visando a utilização racional da bacia hidrográfica. Isso porque as bacias hidrográficas são hoje consideradas indivisíveis, e seu aproveitamento deve ser o mais otimizado possível, no intuito de proporcionar um melhor desenvolvimento econômico e social da região.

Portanto, é de se concluir que esta foi uma importante inovação da Lei 11.445/2007, no caso a exigência de elaboração do Plano Municipal de saneamento nos termos em que assim o delimita, sendo tal disposição balizadora da prestação dos serviços correlatos, cumprindo importante função na regulação da prestação dos mesmos, com vista à otimização dos recursos hídricos produzidos na bacia.

Também é importante destacar outra inovação na referida Lei, facultando a criação de fundos para a garantia da universalização dos serviços de saneamento básico, conforme disposto no artigo 13º da Lei do Saneamento.¹⁸

Tais fundos podem mitigar os efeitos da alegada perda de receita dos Municípios superavitários para os deficitários por força do subsídio cruzado, preservado na Lei 11.445/2007 em seu artigo 31º.¹⁹

¹⁷ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces*. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 63

¹⁸ Art. 13. Os entes da Federação, isoladamente ou reunidos em consórcios públicos, poderão instituir fundos, aos quais poderão ser destinadas, entre outros recursos, parcelas das receitas dos serviços, com a finalidade de custear, na conformidade do disposto nos respectivos planos de saneamento básico, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico.

¹⁹ Art. 31. Os subsídios necessários ao atendimento de usuários e localidades de baixa renda serão, dependendo das características dos beneficiários e da origem dos recursos:

I - diretos, quando destinados a usuários determinados, ou indiretos, quando destinados ao prestador dos serviços;

II - tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções;

Na lei 4.320/64,²⁰ em seu artigo 71,²¹ há uma conceituação acerca do que seria Fundo Especial, conceito este que, por analogia, é aplicável ao caso em tela.

Ocorre que os recursos arrecadados com determinada receita de água ou esgoto (percentual dela), podem ser parcialmente deslocados para investimentos pontuais no Município gerador de tal receita através de um Fundo Municipal de Gestão Compartilhada, investimentos estes não previstos inicialmente no estudo de concepção do sistema e nem no projeto a ser executado posteriormente.

Tal política de investimentos vai de encontro a recorrente alegação de prejuízo ou injustiça com o sistema de subsídio cruzado, quando os Municípios que ostentam receitas maiores, sentem-se prejudicados com este modelo de repartição e de gerenciamento da receita tarifária, eis que observam os recursos gerados no Município serem investidos em outros Municípios, o que, no entendimento da maioria deles, poderia gerar até mesmo uma retomada da prestação dos serviços, com uma prestação direta pelo Município ou delegado a terceiros via licitação.

Exemplificativamente, cabe referir que assim vem procedendo a CORSAN, pois nos contratos firmados com a mesma, foi convencionado que alguns Municípios²², ficariam com 100% da receita do esgoto e 5% da receita da água para que sejam gerenciados por um Fundo Municipal de Gestão

III - internos a cada titular ou entre localidades, nas hipóteses de gestão associada e de prestação regional.

²⁰ BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de março de 1964. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm> Acessado em 09 de dezembro de 2015.

²¹ Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

²² Apenas os que ostentam receitas maiores.

Compartilhada, este com composição paritária, instituído através de Lei Municipal autorizativa (dependendo do que dispõe a Lei Orgânica do Município) e sempre com disposição expressa no Contrato de Programa a ser firmado com a CORSAN.

O foco principal dos recursos gerados com tal arrecadação são os investimentos para universalização dos serviços de esgotamento sanitário, financiando desde projetos de grande relevância para o Sistema de Esgotamento Sanitário do Município até projetos pontuais de interesse local.²³

Esta é a modelagem adotada pela CORSAN e pode variar de Estado para Estado e de Companhia de Saneamento para Companhia de Saneamento, dependendo da forma de aplicar a Lei do Saneamento e da aquiescência do Município contratante.

Este mecanismo evidencia que não é apenas por meio de uma prestação direta pelo Município ou delegando a terceiro (privado) para prestação do serviço em sua circunscrição territorial que ele terá acesso aos recursos gerados no Município com a prestação dos serviços de saneamento básico, robustecendo a Lei em tela como um mecanismo estruturante e de universalização dos serviços de saneamento básico no Brasil.

Por meio do Decreto nº 6.025/2007,²⁴ de 22 de janeiro de 2007, o Governo Federal criou o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, destinado à constituição de medidas de estímulo ao investimento privado e

²³ SANTA CRUZ DO SUL (Estado do Rio Grande do Sul). Contrato de Programa firmado com a CORSAN em 02 de julho de 2014. Disponível em <http://www.santacruz.rs.gov.br/download2014/smmass_plano/03%20Contrato%20de%20Programa%20para%20Presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Abastecimento%20de%20C3%81gua%20e%20Esgotamento%20Sanit%C3%A1rio.pdf> Acessado em 08 de janeiro de 2016.

²⁴ BRASIL. Decreto nº 6.025, de 22 de janeiro de 2007. Institui o Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, o seu Comitê Gestor, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de janeiro de 2007 (edição extra). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6025.htm> Acessado em 30 de novembro de 2015.

ampliação do investimento público no desenvolvimento da infraestrutura no Brasil,²⁵ contemplando, obviamente, o setor de saneamento com investimentos para o indigitado desenvolvimento.

Os recursos para tal Programa foram inicialmente viabilizados nos termos do Decreto nº 6.046/2007 (Dispõe sobre a programação orçamentária e financeira, estabelece o cronograma mensal de desembolso do Poder Executivo para o exercício de 2007 e dá outras providências), de 22 de fevereiro de 2007.²⁶

O Sistema de Gestão dos recursos foi complementado pela Portaria nº 292,²⁷ de 16 de setembro de 2008, do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, Sr. Paulo Bernardo Silva.

Esta é a resenha do histórico da Legislação sobre saneamento básico e correlatos no Brasil.

²⁵ Art. 1º Fica instituído o Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, constituído de medidas de estímulo ao investimento privado, ampliação dos investimentos públicos em infra-estrutura e voltadas à melhoria da qualidade do gasto público e ao controle da expansão dos gastos correntes no âmbito da Administração Pública Federal.

²⁶ BRASIL. Decreto nº 6.046, de 22 de fevereiro de 2007. Dispõe sobre a programação orçamentária e financeira, estabelece o cronograma mensal de desembolso do Poder Executivo para o exercício de 2007 e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6046.htm> Acessado em 29 de novembro de 2015.

²⁷ BRASIL. Portaria nº 292, de 16 de setembro de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Regula o processamento do cadastro dos empreendimentos e a autorização de empenho das dotações orçamentárias das ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de setembro de 2008. Disponível em <https://www.sispac.gov.br/upload/publico/upload/Portaria292_Set_2008.pdf> acessado em 28 de novembro de 2015.

CAPÍTULO 2 – INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA UNIVERSALIZAÇÃO

2.1 – CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Caso o titular da prestação dos serviços de água e esgoto não opte por prestar diretamente os serviços referidos à população do Município, poderá o mesmo delegar a prestação de tal serviço a um terceiro, seja prestador público, seja prestador privado.

A delegação pode ocorrer por conveniência da Administração Pública, por não querer se envolver com tal serviço e com os problemas que de tal decisão advirão, bem como por entender que não tem quadros ou condições técnicas de prestar um serviço adequado, não podendo cumprir o seu próprio Plano de Saneamento e as metas no mesmo traçadas.

As diretrizes gerais sobre a delegação da prestação dos serviços públicos estão delineadas no 175 da Constituição Federal.²⁸

No referido artigo foram elencadas as principais formas contratuais de delegação da prestação dos serviços públicos, quais sejam:

- a) Concessão;
- b) Permissão.

A Lei 8.987/95 regulamentou o referido artigo.²⁹

²⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado..

²⁹ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras

Marcus Juruena Villela Souto³⁰ assim define de forma bastante completa o instituto da concessão:

Envolve a *atividade-fim* do Estado, que é a prestação de serviços públicos; é um contrato administrativo por meio do qual a Administração delega a um particular a gestão e a execução, por sua conta e risco, sob controle do Estado, de uma atividade definida por lei como serviço público (CF, art. 175). O Estado figura como poder concedente, cabendo-lhe acompanhar a adequada execução do contrato e o atendimento do interesse público, podendo, a qualquer tempo, retornar a atividade. O concessionário deve remunerar-se, basicamente, através de uma tarifa módica cobrada do usuário e fixada de acordo com a proposta vencedora da licitação, devendo a tarifa ser capaz de remunerar o capital investido, custear a operação, viabilizar o aperfeiçoamento tecnológico e assegurar o justo lucro do concessionário. As normas gerais sobre concessão e permissão estão previstas na Lei Federal nº 8.987/95.

E prossegue o mesmo jurista³¹ na conceituação, desta vez da permissão, que no seu entendimento “Diferia da concessão, em doutrina, pelo fato de ser considerada um ato administrativo precário e não um contrato, aplicando-se, no mais, os princípios gerais regedores da concessão.”

Importante referir que este modelo tradicional de concessão, teve muita força no início dos anos 90, com uma onda forte de privatizações durante o processo de reforma do Estado, eis que, conforme explanado alhures, houve um hiato entre 1986 (fim do BNH) e 2007 (início do PAC), mormente no Governo Federal, relativamente ao aporte de recursos para o financiamento de obras de infraestrutura (incluído o saneamento), o que levou a uma opção de transferir, naquela época, em face dos reclamos da sociedade por mais investimentos, o controle acionário de diversas empresas estatais à iniciativa privada.

providências.. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm> Acessado em 15 de dezembro de 2015.

³⁰ SOUTO, Marcus Juruena Villela Souto. *Desestatização: Privatizações, Concessões Terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 10.

³¹ Ob. cit., p. 10.

Tal tema é bem abordado por Alaôr Caffé Alves³² em sua obra sobre saneamento, eis que assim retrata tal momento:

A questão da concessão e permissão dos serviços públicos está inserida, presentemente, como um singular capítulo do movimento de “privatização” de certas atividades (econômicas e serviços públicos) realizadas pelo Estado, sob diferentes justificativas que, em última instância, reúnem o ideário neoliberal muito presente neste momento histórico, no Brasil e em outros países. É evidente que o referido instituto de delegação da prestação de serviços públicos a terceiros não é, por si só, de caracterização neoliberal, visto ser igualmente utilizado por Estados não liberalizantes. A questão não é de índole meramente ideológica, visto ser de natureza econômico-social que vai além das fronteiras das nações. É resultante daquilo que está sendo chamado de “globalização”. Não há, portanto, uma relação lógica ou necessária entre a adoção de tal instituto e a orientação neoliberal. Este movimento, julgado por seus próceres plenamente operativo e totalmente justificável perante nosso sistema, tem o seu processo de concretização institucional iniciado e definido através da Lei Federal nº 8.031, de 12.04.90, que criou o Programa Nacional de Desestatização – PND, alterada por outros diplomas legais posteriores. Todo este processo está vinculado às profundas transformações do sistema estatal e das mudanças sócio-econômicas ocorridas em nosso País e dentro de um contexto mundial (globalização) que está a exigir novos equacionamentos no que respeita aos problemas de intervenção do Estado na economia e na implantação de infra-estrutura.

Hodiernamente, tal modelo de concessão vem perdendo espaço no setor de saneamento e só é viável onde o Estado já edificou sua infraestrutura básica dos serviços de saneamento, eis que insuficiente apenas o valor da tarifa como fonte de custeio para os investimentos necessários em infraestrutura (considerando a modicidade tarifária exigida pelas Leis 8.987/95 e 11.445/2007) e a demanda por infraestrutura existente, mormente em esgotamento sanitário, em face da maior onerosidade do investimento, conforme é de conhecimento notório e adiante será mais bem explanado.

O Advogado da União Carlos Eduardo de Oliveira Lima,³³ em artigo doutrinário disponibilizado na Internet, refere:

³² ALVES, Alaôr Caffé. *Saneamento Básico – Concessões, Permissões e Convênios Públicos*. São Paulo: Edipro, 1998. p. 77 e 78.

³³ LIMA, Carlos Eduardo de Oliveira Lima. Jus Navigandi. Parcerias Público-Privadas: a reforma de

Como já exaustivamente dito, no momento da edição da Lei nº 11.079/2004 havia forte movimento no mercado apontando para a necessidade de revisão do modelo de concessão, de forma a contemplar na forma de remuneração, além das tarifas, aportes diretos por parte do Poder Público. Tal medida, na visão da iniciativa privada, seria imprescindível para assegurar o retorno dos investimentos e a expectativa de lucro dessa nova fase de concessões de exploração de infraestruturas. E assim foi feito. Como também já vimos, o §3º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004, estabelece, inclusive, que não constitui PPP a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Em outras palavras, essa contraprestação do parceiro público ao privado é da essência da conceituação de PPP.

Em face do fato referido anteriormente, surge em 2004 legislação que visa aprimorar e atualizar a anterior Lei das Concessões, trazendo importantes inovações, no caso a Lei 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas),³⁴ que em seu artigo 2º define o objeto de tal regulamentação.³⁵

2012 e a possibilidade de pagamento imediato dos aportes financeiros pelo parceiro público. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/27176/parcerias-publico-privadas-a-reforma-de-2012-e-a-possibilidade-de-pagamento-imediato-dos-aportes-financeiros-pelo-parceiro-publico>> acessado em 20 de dezembro de 2015. Pag. 03

³⁴ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm> Acessado em 15 de dezembro de 2015.

³⁵ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Acerca do conceito de Parceria Público-Privada, é importante uma básica conceituação sobre o tema, eis que o termo é abrangente e envolve em sentido lato envolve uma série de avenças e termos firmados entre o Poder Público e setores da iniciativa privada.

No livro *Parcerias Público-Privadas*, cuja coordenação coube a Carlos Ari Sundfeld,³⁶ há o seguinte entendimento acerca das conceituações referidas:

O que há de importante a dizer das parcerias em sentido assim amplo é que, se não são propriamente novas, por certo são um fenômeno crescente, que vai gerando soluções normativas peculiares. Nos cerca de 70 anos que se passaram entre o final da I Guerra Mundial e o início da reforma do Estado vigorou a crença de que não só o interesse geral era preocupação do Estado, como devia ser alcançado preferencialmente pela ação da máquina pública: empresas, hospitais e universidades do próprio Estado deviam fazer os investimentos necessários e prestar os serviços públicos e sociais. Os particulares participariam como simples fornecedores de bens, serviços e capitais ao Estado, sem assumir maior responsabilidade quanto aos objetivos finais. Mas a orientação se inverteria a partir da década de 90 do século passado, com o início da reforma do Estado, que diminuiu significativamente o tamanho deste, mas sem que se renunciasse à realização do objetivos que até então vinham sendo buscados. A alternativa foi, então, recuperar ou criar mecanismos para a assunção de responsabilidades públicas por particulares, em substituição ao modelo anterior, de gestão estatal. Eles são as tais *parcerias público-privadas em sentido amplo*.

(...)

A farta legislação setorial, em áreas vitais como telecomunicações, energia, petróleo e gás, portos, ferrovias etc..., que foi surgindo depois que a Lei de Portos (n. 8.630/1993) iniciou a tendência, também está embebida dessas ideias e soluções. Esses exemplos de parcerias são os que envolvem serviços públicos econômicos. Mas, se pensarmos nos serviços sociais teremos as leis sobre OS (Lei Federal 9.637/1998) e OSCIPs (Lei Federal 9.790/1999). para as parcerias destinadas a implantar empreendimentos urbanísticos temos o Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001), regulando operações urbanas consorciadas e outros mecanismos.

Portanto, este apanhado histórico e comparativo efetivado na obra referida alhures, nos ajuda a entender um dos objetivos da Lei das parcerias

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari *et alii*. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28, 29 e 30.

público-privadas objeto do presente trabalho, no caso a transferência da responsabilidade pública ao particular (e pelo compartilhamento dos riscos também, por óbvio, conforme será mais bem explanado adiante), obviamente que nos termos do contrato celebrado.

Nesse cenário, o parceiro não é um mero prestador de serviço ou fornecedor de bens, mas sim responsável pelo desfecho final em relação à responsabilidade do Estado na consecução do seu objetivo quando constrói infraestrutura e presta o serviço público necessário, sendo remunerado de forma diferenciada para tanto.

Em artigo publicado na Internet e já mencionado, o advogado da União Carlos Eduardo Dantas de Oliveira Lima³⁷ elabora um trabalho doutrinário acerca dos pagamentos dos aportes financeiros pelo parceiro público, bem como conceitua o que seria a Parceria Público-Privada, agora em sentido estrito, em consonância com o objetivo da lei de regência de tal instituto no Brasil:

Diferentemente do direito europeu, no qual o termo Parceria Público Privada-PPP tem uma acepção ampla, abarcando todas as modalidades de parceria entre a Administração Pública e a iniciativa privada, a expressão no Brasil possui conceito específico e bastante restrito, servindo para designar um determinado tipo de contrato. Ao contrário da Inglaterra, por exemplo, no qual o termo “Public-private partnerships” serve para identificar tanto os contratos DBFO (design, build, finance and operate) quanto os PFIs (Private Finance Initiative), a expressão PPP no Brasil designa apenas as modalidades contratuais previstas na Lei nº 11.079/2004. A utilização do termo PPP, aliás, tem recebido duras críticas por parte da doutrina. Isso porque o termo parceria é comumente utilizado para nomear os contratos nos quais os interesses são convergentes, tais como os convênios, os contratos de gestão, os termos de parceria stricto sensu, dentre outros. É elemento essencial e necessário para sua correta utilização, portanto, que os interesses das partes contratantes andem na mesma direção e sentido, diferentemente da maior parte dos contratos em geral, cujas pretensões são divergentes. Dessa forma, como nos contratos de PPP o Poder Público busca a satisfação do interesse público e o parceiro privado o lucro, essa avença seria do tipo sinalagmática, como qualquer contrato em geral, não configurando uma típica parceria.

³⁷ Ob. cit., p. 01.

(...)

Como se vê, as PPPs no Brasil são, por força de lei, uma espécie de concessão (art. 2º, caput). A Lei 11.079/2004 prevê que essa concessão assuma duas formas, a saber, a patrocinada e a administrativa (§§ 1º e 2º), as quais serão melhor analisadas nos tópicos subsequentes. Além do mais, a Lei fez questão de distinguir as PPPs das concessões em geral, estabelecendo no §3º, acima transcrito, que não constitui PPP a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Ainda como forma de melhor distinguir as PPPs de outros tipos contratuais, o §4º diz não poder configurar PPP o contrato cujo valor seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), cuja prazo seja inferior a 5 anos e que tenha por objeto exclusivo o fornecimento de mão-de-obra, de equipamentos a execução de obra pública. Ante todo esse contexto, pode-se definir PPP como sendo o contrato de concessão, no qual há obrigatoriamente contraprestação do Poder Público, cujo prazo seja superior a 5 (cinco) anos, o valor seja superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), e que não tenha por objeto exclusivo o fornecimento de mão-de-obra, de equipamentos ou a execução de obra pública.

Portanto, resta claro que quando falamos de PPP, falamos de um contrato de concessão *sui generis*, destinado a viabilizar grandes investimentos de infraestrutura, não apenas em face do objeto do referido contrato ser necessariamente complexo, tendo valor mínimo para contratação e prazos mínimo e máximo de execução, incluindo a realização de obras, contratação de pessoal e prestação de serviços, principalmente, mas por ter como partes o Poder Público de um lado, necessitando delegar determinada atividade-fim a terceiro e o Parceiro Privado do outro, constituído sob a forma de uma Sociedade de Propósito Específico, objetivando cumprir o objeto do contrato.

Tal modalidade de concessão subdivide-se em duas modalidades básicas, quais sejam:

- a) Concessão Patrocinada;
- b) Concessão Administrativa (direta e indireta).

O texto legal transcrito alhures é bastante claro nas definições (nota 40), mas cabem explicações doutrinárias para um melhor aprofundamento e compreensão da matéria.

Na obra já citada cuja coordenação coube a Carlos Ari Sundfeld,³⁸ há a exata definição da extensão dos efeitos dos institutos criados na nova Lei as PPPs:

É verdade que no regime da Lei das Concessões já era viável que, além das tarifas cobradas dos usuários, o concessionário tivesse outras fontes de receita, inclusive adicionais pagos pela Administração. Mas, se esses contratos já eram juridicamente possíveis, sua viabilidade prática estava dependendo da criação de um adequado sistema de garantia, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente. Pois bem, para criar esse sistema, a Lei das PPPs de um nome próprio – o de “concessões patrocinadas” - às concessões de serviço público (incluindo as de exploração de obra pública) que envolvam o pagamento de adicional de tarifa pela Administração. As concessões patrocinadas não são algo novo, pois já existiam juridicamente. Novo é o nome, criado só para facilitar a comunicação. Assim, em virtude da Lei das PPPs, as já conhecidas “concessões de serviço” da Lei de Concessões foram divididas em dois grupos: as *patrocinadas*, em que há adicional de tarifa; e as *comuns*, em que não há. Por certo, além do nome, há regras novas aplicáveis à espécie “concessão patrocinada”, sobretudo para viabilizar as garantias, como veremos adiante. Em segundo lugar, era preciso criar condições jurídicas para a celebração de *outros contratos* em que, à semelhança das concessões tradicionais, os particulares assumissem os encargos de investir e de implantar infra-estrutura estatal e depois mantê-la, fazendo-a cumprir seus fins, sendo remunerados em prazo longo. Era necessário, em suma, permitir a aplicação da lógica econômico-contratual da concessão tradicional a *outros objetos* que não a exploração de serviços públicos econômicos (como são os serviços de água e esgoto, a distribuição de energia, a telefonia fixa etc.). Afinal, por que não usá-la em *serviços administrativos* em geral, isto é, os serviços de infra-estrutura penitenciária, policial, educacional, sanitária, judiciária etc., ou mesmo os decorrentes da separação de etapas ou partes do próprios serviços públicos econômicos (a implantação e gestão de uma estação de tratamento de esgotos para uma empresa estatal de saneamento básico, ou de um sistema de arrecadação automatizada para uma empresa estatal de transportes coletivos, por exemplo) ? Para tais fins, a lei das PPPs criou a *concessão administrativa*, que copia da concessão tradicional a lógica econômico-contratual (obrigação de investimento inicial;

³⁸ Ob. cit., p. 21, 22 e 30.

estabilidade do contrato e vigência por longo prazo, para permitir a recuperação do capital; remuneração vinculada a resultados; flexibilidade na escolha de meios para atingir os fins previstos no contrato; etc.) e aproveita da concessão patrocinada as regras destinadas à viabilização das garantias. Desse modo, é evidente que a Lei das PPPs não é uma lei geral de parcerias, e sim uma lei sobre duas de suas espécies: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

(...)

Não estão no texto literal da Lei as PPPs as expressões que, por razões didáticas, aqui utilizamos para explicar os dois tipos de concessão administrativa. Mas as categorias correspondentes são criação da própria lei que, em seu artigo 2º, § 2º definiu a concessão administrativa com “o contrato de prestação de serviços de que a administração seja usuária direta” (hipótese que denominamos de “concessão administrativa de serviços ao Estado”) “ou indireta” (hipótese que denominamos de “concessão administrativa de serviços públicos”).

Importante ressaltar algumas inovações, além das já referidas, trazidas pela Lei das PPPs objetivando viabilizar o seu objetivo, quais sejam:

- a) Investimento, por parte do parceiro, de no mínimo R\$ 20.000,000,00 (vinte milhões de reais), em contrato com prazo mínimo de execução de cinco anos e não superior a trinta e cinco (incluídas as eventuais prorrogações), bem como que não seja apenas para locação de mão-de-obra, fornecimento ou instalação de equipamentos ou a realização de obra pública (artigo 2º, § 4º, I, II e III e artigo 5º, I);
- b) Repartição de riscos entre a Administração Pública e o Parceiro Privado, inclusive nos casos fortuítos, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (artigo, 5º, III);
- c) Estabelecimento de critérios objetivos para avaliação do desempenho do parceiro privado (artigo 5º, VII);
- d) Compartilhamento, com a Administração Pública, das vantagens econômicas da redução do risco de crédito dos

financiamentos tomados pelo parceiro privado (artigo 5º, IX), ressaltando que pela Lei de Licitações o contratado não podia valer-se de financiamentos para viabilizar o objeto do contrato (artigo 7º, § 3º);

- e) Justificativa para a escolha e contratação do modelo de Parceria Público-Privada, fundada em estudo técnico que a recomende (artigo 10, I “a”);
- f) O contrato de Parceria Público-Privada poderá prever a remuneração do parceiro por desempenho (artigo 6º, § 1º);
- g) Instituição de um sistema de garantias que o Poder Público deverá prestar em benefício do parceiro privado (artigo 8º, I, II, III, IV, V e VI);
- h) Exigência de criação de uma Sociedade de Propósito Específico para qual será delegada a prestação dos serviços e demais obrigações contratuais previstas no Edital de Licitação (artigo 9º), sendo vedado à Administração Pública deter o controle acionário da mesma (artigo 9º, § 4º) com a ressalva feita no § 5º, relativamente ao financiador do Projeto (instituição financeira);
- i) Regras específicas para licitação, previstas nos artigos 10º a 13º (ainda que possa a mesma ser a concorrência), incluída a concorrência-pregão, assim denominada por Carlos Ari Sundfeld;³⁹
- j) Preocupação com a Lei de Responsabilidade Fiscal na contratação das PPPs, conforme artigos 10º, I, “b” e “c”, 22º, 28º;
- k) Disposições aplicáveis exclusivamente à União (artigos 14º/22º).

Como se pode ver, a nova legislação trouxe inúmeras inovações (não foram todas citadas, objetivando focar nas principais, mormente que

³⁹ Ob. cit., p. 40.

tenham conexão com o tema proposto), engendrando praticamente uma simbiose entre parceiro público e parceiro privado, objetivando otimizar ao máximo os esforços e recursos para a consecução dos objetivos dos contratantes.

Em relação aos estudos tendo em conta o direito comparado, mas aplicável no Brasil, no dizer de Manoel Messias Peixinho:⁴⁰

O sistema de PPP, por sua vez, é mais sofisticado, pois introduz mais elementos na equação e não se destinam apenas a produzir bens ou serviços, pelo contrário, é a tentativa de alcançar um resultado social que não possa ser obtido pelo Estado ou do setor privado ao fazer com que essas duas forças se unam, posto que não podem atuar separadamente.

O mesmo doutrinador⁴¹ traz outra importante contribuição acerca das similitudes e influências que o direito comparado (direito inglês no caso) exerceu e exerce no direito brasileiro quando refere:

(a) As parcerias com o setor privado devem alcançar genuína transferência de riscos para o setor privado; (b) as parcerias devem assegurar *value for money* no uso dos recursos públicos, segundo a qual, por meio das PPPs, busca-se maior eficiência/qualidade na prestação do serviço, ao mesmo tempo em que deve haver menor custo operacional no uso dos recursos públicos.

Seguramente o que foi referido nos dois textos acima transcritos está em total consonância com o disposto no artigo 10, I “a”⁴² da Lei das PPPs, porquanto este é o objetivo do estudo referido, no caso a busca pelo binômio redução de custos/aumento de eficiência, otimizando os gastos públicos, eis que a modelagem PPP deve ser previamente justificada para sua formalização.

Tais estudos seguramente podem ser obtidos a um custo mais acessível à Administração Pública através de um procedimento preparatório aos

⁴⁰ PEIXINHO, Manoel Messias *et alii*. *Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 04

⁴¹ Ob. cit., p. 19

⁴² Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

processos de concessões e Parcerias Público-Privadas denominado PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE, no qual a Administração Pública estabelece diretrizes para que os interessados nas delegações correspondentes referidas possam elaborar estudos e projetos de viabilidade econômico-financeira das mesmas, objetivando reduzir os riscos de insucesso do Poder Público quando cogita optar por tais empreendimentos.

Conforme conceitua Gustavo Henrique Carvalho Schiefler⁴³ em sua obra, assim define o Procedimento de Manifestação de Interesse:

É o procedimento administrativo consultivo por meio do qual a Administração Pública organiza em regulamento a oportunidade para que os particulares, por conta e risco, elaborem modelagens com vistas à estruturação da delegação de utilidades públicas, geralmente por via de concessão comum ou de parceria público-privada, requerendo, para tanto, que sejam apreenhados estudos e projetos específicos, conforme diretrizes predefinidas, que sejam úteis à licitação pública e ao respectivo contrato, sem que seja necessariamente garantido o ressarcimento pelos respectivos dispêndios, a adoção do material elaborado ou o lançamento da licitação pública, vedada a destinação de qualquer vantagem formal do participante sobre outros particulares na futura licitação pública.

Seguramente que tal procedimento prévio estruturará os estudos que poderão ser utilizados posteriormente, a despeito da licitação futura não ser obrigatória, porquanto depende da conveniência e oportunidade da sua realização, eis que os estudos podem mostrar a inviabilidade da escolha do modelo PPP, o que seguramente abortará todo o processo.

Portanto, objetivando a contratação de prestador de serviço para implantação ou ampliação do Sistema de Esgotamento Sanitário no Município, o Titular (Município) deverá:

⁴³ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 97

- a) Os Municípios integrantes de Regiões Metropolitanas e similares podem ou consorciarem-se ou engendrar outra forma associativa para formatar pessoa jurídica que terá composição juntamente com o Estado Federado correspondente, objetivando que obrigatoriamente decidam e gerenciem funções públicas de interesse comum de forma compartilhada para aquela região (Lei 13.089/2015);
- b) Pode o Município que não integre as regiões referidas anteriormente executar as funções tal como previsto na Constituição Federal (neste caso deverá ele licitar para delegar a prestação do serviço), bem como consorciar-se com outro ente federativo e, formado esta Pessoa Jurídica Pública (Consórcio), caberá a mesma a realização da licitação.

Neste modelo de contratação (concessão), para obtenção do prestador, haverá uma dependência do interesse do mercado e de outros prestadores públicos do serviço para viabilizar o desiderato da Administração Pública, em especial para a universalização dos serviços de esgotamento sanitário, em face das dificuldades econômicas, estruturais, de engenharia para a sua implementação, conforme adiante será mais bem explanado.

O modelo PPP, como vimos, tem diversos condicionantes que não tornam um modelo utilizável em larga escala, o que limitará desde o demandante por investimentos (Parceiro Público), até o próprio Parceiro Privado.

2.2 – A LEI DOS CONSÓRCIOS E O CONTRATO DE PROGRAMA

Houve significativa mudança no arcabouço legislativo que visa programar melhorias na infraestrutura e serviços públicos no Brasil, obviamente que incluído o saneamento neste escopo, sendo grande o desafio para universalização dos serviços de esgotamento sanitário.

Falo especificamente da Lei 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos)⁴⁴ que, dentre outras inovações, em seu artigo 13^o⁴⁵ institui a figura do Contrato de Programa como instrumento destinado a viabilizar a gestão associada no âmbito da Federação, ferramenta bastante valorizada na Lei 11.445/2007 (este modelo, atua *pari pasu* com o Contrato de Concessão em relação ao modelo primevo, do Planasa, posto que tem natureza jurídica similar, não idêntica).

Na exposição de motivos da Lei 11.407/2005 (EM nº 18, de 25 de junho de 2004), a proposta de inovação legislativa estava calcada em três alicerces básicos, quais sejam:

A proposta ora apresentada foi elaborada a partir de três preocupações fundamentais. A primeira delas, que pode ser definida como responsabilidade de Estado, extrapolando, portanto, um governo ou um mandato, é a necessidade de complementar o desenho federativo decorrente da Constituição da República, em especial nos aspectos cooperativos do federalismo. A segunda preocupação responde à carência de instrumentos de coordenação de políticas públicas de responsabilidade do Governo Federal, considerando especificamente aquelas executadas de forma conjunta com Estados e Municípios. Ao se constituírem como instrumento viabilizador de ações cooperadas e coordenadas entre os entes federativos, os consórcios públicos abrem a possibilidade

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de abril de 2005. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm> Acessado em 02 de dezembro de 2015.

⁴⁵ Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

de ampliar o alcance e aumentar a efetividade das políticas e da aplicação de recursos públicos. Para o Governo Federal, portanto, a criação e funcionamento de consórcios públicos têm a capacidade de alavancar, por meio da maior racionalidade da execução cooperada, o impacto de diferentes políticas públicas – saúde, saneamento, geração de renda, infra-estrutura, entre outras políticas de responsabilidade partilhada entre os entes federados. Uma terceira preocupação, apresentada ao Governo Federal pelas entidades nacionais de representação de prefeitos ao longo do ano de 2003, diz respeito à precariedade jurídica e às limitações institucionais dos instrumentos de consorciamento que os Municípios hoje utilizam. Segundo os prefeitos, é preciso disciplinar a possibilidade de constituição de instrumentos de cooperação intermunicipal que lhes permita ter segurança jurídica e possibilidade de planejamento e atuação de médio e longo prazo.⁴⁶

Ao presente trabalho é mais importante o segundo motivo que, segundo a EM referida, visa viabilizar e alavancar, através da cooperação entre os entes federados, as políticas públicas vinculadas a saneamento e infraestrutura, dentre outros.

Diante de tal constatação, é claro o objetivo da Lei dos Consórcios que, instituindo a figura do contrato de programa, visa que o mesmo seja um instrumento para viabilização das melhorias no setor de saneamento e infraestrutura (tema mais abrangente e que, seguramente, inclui o saneamento), fortalecendo o setor público para tal desiderato, regulamentando o processo cooperativo entre os entes referidos, fortalecendo o papel dos mesmos no processo de desenvolvimento da infraestrutura em que se encontra o Brasil.

O modelo de contratação viabilizado e adotado pela maioria das Companhias de Saneamento do País para renovação dos vínculos com os Municípios foi a gestão associada via contrato de programa, com esteio no federalismo cooperativo para a prestação dos serviços públicos, como faculta a Constituição Federal⁴⁷ em seu artigo 241 da Constituição Federal,⁴⁸ com a redação

⁴⁶ BRASIL. Dados coletados no site da Subchefia de Assuntos Parlamentares da Presidência da República. Exposição de Motivos nº 18, de 25 de junho de 2004. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2004/18-CCIVILSCPAIMSMIMCIDMF.htm>> acessado em 21 de dezembro de 2015.

⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988. Disponível em

da Emenda nº 19/98.

No dizer de José dos Santos Carvalho Filho⁴⁹:

A federação, em nossa ótica, espelha uma forma de Estado com linhas marcantes e apresenta como peculiaridade, entre outras, o fato de entrincheirar-se sob dois vetores antagônicos – um, de caráter agregador e centrípeto, que reclama a indissolubilidade da união de seus componentes, e outro, nitidamente desagregador, que, eventualmente, pode conduzir a um movimento centrífugo e separatista, causando no mais das vezes pelas inevitáveis características diferenciais das unidades federativas. Como se trata de regime em que o poder político é descentralizado e, pois, disperso entre as pessoas que o integram, o fator maior de agregação reside no *federalismo de cooperativo*, segundo o qual as unidades federativas, longe de serem compartimentos isolados, devem associar-se para alcançar as metas de interesse comum das coletividades, a despeito de, em certas passagens, serem diversas as competências que a Constituição lhes atribui. Sensível a esta necessidade, o art. 241 da Constituição, com texto introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, exortou a Administração em geral a promover a gestão associada dos serviços públicos, para reduzir os males oriundos do processo descentralizador próprio das federações.

Importante lembrar que, na repartição constitucional de competências prevista no artigo 23, IX, da Constituição Federal, é competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.⁵⁰

Objetivando viabilizar tal modalidade de contratação relativamente aos serviços de saneamento neste Estado, o Município deverá firmar

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em 02 de dezembro de 2015.

⁴⁸ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

⁴⁹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. xiii

⁵⁰ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Convênio de Cooperação com o Estado, como de fato vem ocorrendo com a maioria das Companhias de Saneamento do País, bem como ter Agência de Regulação ou firmar convênio de Regulação com Agência de Regulação Estadual, o que efetivamente vêm fazendo os Municípios da grande maioria dos Estados da Federação, quando há renovação do vínculo com a Companhia de Saneamento.

O mesmo José dos Santos Carvalho Filho⁵¹, em outra obra, assim descreve a figura da gestão associada:

A noção de *gestão associada* emana da própria expressão: significa uma conjugação de esforços visando a fins de interesse comum dos gestores. Em relação à *gestão associada de serviços públicos*, pode-se adotar a conceituação de que corresponde ao “*exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*”. Tanto os Convênios de Cooperação como os consórcios públicos tradicionais são espécies do gênero *convênios administrativos* e retratam idêntico conteúdo negocial, qual seja, o de associação entre pessoas para interesses de todos, nunca perdendo de vista, é claro, o interesse público. Consideram alguns que nos consórcios são de mesmo nível as pessoas pactuantes, ao passo que nos convênios elas têm qualificação distinta – diferença que, como já assinalamos, é totalmente inexpressiva e inócua. O que importa é a fisionomia jurídica e os fins de tais negócios plúrimos: todos indicam formas de *atuação conjunta*, formando a *gestão associada* na prestação de serviços públicos a que se refere a Constituição. Devemos consignar, entretanto, que nesse aspecto nos referimos aos consórcios tradicionais entre pessoas administrativas. Os consórcios públicos instituídos pela Lei nº 11.107, de 6.04.2005, como já vimos, embora também resultem do instituto da gestão associada entre entidades públicas, têm perfil diverso do atribuído àqueles, inclusive porque se formalizam através de pessoas jurídicas, o que não ocorre com os consórcios anteriores.

Portanto, temos aí uma diferença entre o contrato de concessão antigo e o contrato de programa, porquanto no primeiro modelo de contratação, hodiernamente, não poderia a mesma ser feita por dispensa de

⁵¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 360

licitação, tal como faculta a Lei 8.666/93⁵² em seu artigo 24, XXVI e que vem sendo efetivado pelas Companhias de Saneamento no mais das vezes, eis que o artigo 14 da Lei 8.987/95 veda concessão sem prévia licitação. O artigo referido da Lei de Licitações regula a matéria.⁵³

A tal respeito, discorre o renomado Marçal Justen Filho:⁵⁴

O contrato de programa é um convênio que não produz a transferência de encargos para a iniciativa privada, mas representa um instrumento de conjugação de esforços e recursos por entes federativos diversos. Logo e rigorosamente, a hipótese é de inexigibilidade de licitação. No entanto, o legislador federal preferiu qualificar caso como de dispensa, para eliminar qualquer margem de dúvida. Aliás, a preocupação do legislador foi tão intensa que não apenas introduziu um inciso específico no art. 24 da lei nº 8.666, mas também previu regra genérica no corpo do próprio diploma.

Entretanto, doutrinariamente é importante focar na conceituação acerca da natureza jurídica do Contrato de Programa, sendo que na maioria das obras doutrinárias pesquisadas, ou os autores cingem-se definir o mesmo transcrevendo ou reproduzindo parcialmente o que dispõe a Lei ou prendem-se a definições muito longas e dispersivas, dificultando a compreensão acerca da natureza jurídica do novo instituto.

Contudo, há doutrinadores que conceituam bem o novo instituto.

⁵² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acessado em 04 de dezembro de 2015.

⁵³ Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005).

⁵⁴ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 271.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵ bem conceituou o Contrato de Programa e de forma bastante diferenciada em relação à maioria dos autores pesquisados.

O referido doutrinador assim discorre sobre o novo instituto:

Contratos de programa são avenças travadas entre pessoas de Direito Público ou entre elas e pessoas da Administração Indireta, como condição de validade das recíprocas obrigações, tendo por objeto a “gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos”(art. 13). O contrato de programa é estabelecido no âmbito dos consórcios ou convênios e deve obedecer à legislação sobre concessão e permissão de serviços públicos.

(...)

A consequência destas averbações é a de que *convênios e consórcio e contratos de programa só podem ser meios de colaboração **desinteressada** entre os sujeitos que se associem. Logo, ou estarão em causa **interesses comuns** dos associados ou estará em pauta **uma forma de colaboração desprendida entre eles** na qual, então, mais não se admite que o simples ressarcimento de despesas que onerem a parte prestadora da atividade ou serviço alheio que ficar a seu cargo. Eis, pois, que a dispensa de licitação prevista no art. 24, XXVI, da Lei 8.666, só pode dizer respeito a caso em que esteja em causa colaboração desinteressada ou atividade de interesse comum.*

Na obra de Luiz Henrique Antunes Alochio⁵⁶ este é o entendimento acerca da natureza jurídica do Contrato de Programa:

No direito francês, tais contratos têm sido utilizados com denominações diversas em fases sucessivas: contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano, contratos de objetivos. André de Labaudère, Pierre Devolvé e Frank Moderne (*Traité des contrats administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1983, tomo 1:423 e segs.) cuidam desse contrato sob o título de 'contratos discutíveis', explicando que os mesmos revelam a existência de um certo acordo, 'sem que se possa assegurar nem que eles são verdadeiros contratos, nem que eles não são. Nenhuma das categorias que eles comportam corresponde

⁵⁵ Ob. cit., p. 681-682.

⁵⁶ ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito do Saneamento*. Campinas: Millennium, 2007.p. 50, 51 e 52.

em si mesma a verdadeiros ou falsos contratos. Cada contrato deve ser examinado isoladamente para que uma resposta possa ser efetivamente dada'.

(...)

Vale salientar ainda que, a despeito da *denominação* contrato de programa, não estaremos, de fato, diante de uma nova modalidade de concessão: seria uma forma *indireta de delegação*. Não podemos também entender, como preferem outros autores, que o contrato de programa seja “tão ou mais forte” que uma concessão. O Ente-Titular consorcia-se ou convenia-se com outro(s) Ente(s) da Federação e, a partir da realidade *consorcial* ou *convenial*, pode estipular o *contrato de programa*. Esse contrato poderá ser realizado entre os próprios *consorciados/conveniados* ou entre estes e suas pessoas jurídicas da administração indireta. O contrato de programa, então, não é uma *realidade em primeira mão*; ele demanda um ambiente consorcial/convenial prévio. Ao passo que o contrato de concessão é uma relação direta entre o Ente-Titular e o prestador.

Pedro Durão⁵⁷ também perfilha entendimento semelhante:

Na doutrina francesa, todavia, a presença de cláusulas exorbitantes forma os principais atributos identificadores do típico contrato administrativo. Assim, está o verdadeiro império da finalidade pública em evidente contraste com os contratos que não tenham tal natureza. A referida doutrina europeia ainda menciona em seu rol de contratos que a Administração trava com pessoas jurídicas de direito público, os acordos de programa, os contratos de plano e contratos de gestão. A tais modalidades de contrato, a doutrina admite a nomenclatura de contrato administrativo, muito embora, distancie-se de sua perfeita caracterização.

Marçal Justen Filho⁵⁸ tem entendimento similar acerca do referido e novo instituto:

O contrato de programa confunde-se, sob um certo prisma, com a concessão imprópria por convênio, cuja existência sempre foi defendida por este autor. Sempre se defendeu a proposta de que não existe concessão de serviço público em sentido próprio quando se produz a transferência da prestação do serviço público para um sujeito estatal formado pela conjugação de esforços de diversos entes estatais – sendo exemplo clássico o do saneamento básico assumido por empresas estatais.

⁵⁷ DURÃO, Pedro. *Convênios e Consórcios Públicos: Gestão, Teoria e Prática*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.p. 91.

⁵⁸ Ob. cit., p. 270.

Diante de tais explicações, podemos chegar as seguintes conclusões em relação ao Contrato de Programa:

- a) Não se admite exploração econômica da delegação no Contrato de Programa, não sendo o lucro da atividade exercida e pelo serviço prestado o seu objetivo, nem podendo ser cobrado valor pela outorga da exploração, eis que sua natureza jurídica assemelha-se mais a um convênio do que a um contrato, embora tenha relevantes semelhanças com o contrato;
- b) Não se admite que os resultados da atividade não sejam exclusivamente revertidos para aprimorá-la, prevalecendo o interesse público;
- c) Só pode ser viabilizado por Entes da Federação e após firmamento de Convênio de Cooperação entre os mesmos;
- d) Não é simplesmente um sucedâneo do Contrato de Concessão, em face das especificidades existentes, bem como dos requisitos e condicionantes para sua celebração, mas deve submeter-se às normas da Lei das concessões e de regulação existentes (artigo 13, § 1º, I da Lei dos Consórcios).⁵⁹

Em face da natureza eminentemente pública do Contrato de Programa, conforme já explanado, os Entes que optarem por sua celebração, em face do desiderato da Lei dos Consórcios, tal como já transcrito e esposado anteriormente, também gozam de algumas vantagens nas linhas de financiamento públicas existentes para custear as obras de infraestrutura dos serviços de saneamento básico (mormente água e esgoto), algo extremamente importante

⁵⁹ § 1º O contrato de programa deverá:

I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados;

quando falamos em esgotamento sanitário, em que se sabe que o custo da obra é muito superior ao de uma obra relativa ao abastecimento de água, por exemplo, e o tempo de recuperação do investimento também é bastante longo, lembrando que saneamento básico não se restringe aos serviços de água e esgoto, mas abrange drenagem pluvial e coleta e disposição dos resíduos sólidos, embora apenas os dois primeiros, em face da natureza do presente trabalho, serão objeto de uma análise mais pontual.

Neste diapasão, importante lembrar que o referido no parágrafo antecedente está em perfeita consonância com o que dispõe o artigo 50, § 1º da Lei 11.445/2007.⁶⁰

No mesmo sentido é o Manual de Instruções para Aprovação e Execução dos Programas e Ações do Ministério das Cidades – Projetos inseridos no Programa de Aceleração do Crescimento – MICE PAC,⁶¹ na medida em que em seus itens 19.4 a 19.4-A a questão é regrada de forma a privilegiar investimentos que tenham por base uma concessão não onerosa, a despeito da alteração efetivada com a Portaria nº 280 do Ministério das Cidades, de 25 de junho de 2013, introduzindo o item 19.4-A no referido Manual.

No Programa SANEAMENTO PARA TODOS, da Caixa Econômica Federal, temos o seguinte cenário em relação à contrapartida de responsabilidade do solicitante do financiamento:

⁶⁰ Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados:

(...)

§ 1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, será dado prioridade às ações e empreendimentos que visem ao atendimento de usuários ou Municípios que não tenham capacidade de pagamento compatível com a auto-sustentação econômico-financeira dos serviços, vedada sua aplicação a empreendimentos contratados de forma onerosa.

⁶¹ Dados coletados no site da Lex Magister. Disponível em <http://www.lex.com.br/legis_24562256_PORTARIA_N_280_DE_25_DE_JUNHO_DE_2013.aspx> acessado em 16 de dezembro de 2015.

- a) Em operações com o setor público, o valor correspondente à contrapartida mínima é de 5% do valor do investimento, exceto na modalidade Abastecimento de Água, onde a contrapartida mínima é de 10%;
- b) Em operações com o setor privado, o valor correspondente à contrapartida mínima é 20% do Valor do Investimento.⁶²

Percebe-se que é exigida uma contrapartida menor por parte do setor público, seguramente em face do interesse público envolvido da necessidade de se estimular o investimento neste setor para universalização dos serviços de saneamento básico, mormente nos setores de drenagem pluvial, manejo de resíduos sólidos e esgotamento sanitário, eis que para estes três a contrapartida mínima é de 5%, porquanto conforme referido alhures, efetivamente o investimento em tal setor é deficitário e com retorno a longo prazo, sendo que tal linha de financiamento facilita a implementação de tal investimento.

O Contrato de Programa, segundo sustentado no artigo já referido do advogado da União Carlos Eduardo Dantas de Oliveira Lima, tem as seguintes características:⁶³

Por fim, no que tange aos contratos de programa, transcreve-se na íntegra o ensinamento de Marcos Juruena Vilela Souto: “O contrato de programa está positivado na lei que trata dos consórcios públicos, pela qual estes contratarão entidades da Administração Pública, sem licitação. Aliás, o diploma promete ser o grande divisor de águas entre a PPP e o consórcio público, já que, como a maioria dos municípios não poderá fazer uso de PPP – em face do valor mínimo adotado – terão que fazer uso dos consórcios par investimentos de maior porte. Aí entra o contrato de programa, que pode ser firmado entre um consórcio e uma empresa estatal, sem licitação. Certamente este será o cenário para o setor de saneamento, ficando as demais indústrias de rede – energia, petróleo e telecomunicações, além das rodovias, metrovias e ferrovias – para o regime de PPP.”

⁶² Dados coletados no site da Caixa Econômica Federal acerca do programa Saneamento para todos <http://www1.caixa.gov.br/gov/gov_social/municipal/assistencia_tecnica/produtos/financiamento/saneamento_para_todos/saiba_mais.asp> acessado em 16 de dezembro de 2015.

⁶³ Ob. cit., p. 1.

A citação transcrita alhures vem ao encontro do que havia sido fundamentado anteriormente acerca do Contrato de Programa como um instrumento de viabilização de investimentos públicos cuja necessidade predominante seja pela obtenção de recursos públicos para sua viabilização, independentemente do interesse do mercado em viabilizar tal investimento, robustecendo tal mecanismo introduzido no nosso Ordenamento Jurídico com a Lei dos Consórcios.

2.3 – A CONEXÃO À REDE DE ESGOTO

Até agora falamos das necessidades e carências de investimentos, bem como instrumentos jurídicos destinados a viabilizar a universalização da infraestrutura e prestação dos serviços de esgotamento sanitário no Brasil.

Entretanto, o momento da conexão à rede de esgotamento sanitário por parte do usuário dos serviços não é apenas uma obrigação legal em face do que dispõe a Lei do Saneamento, mas também um ato que demonstra o sucesso na ação do Poder Público ao notificar o mesmo para que assim o faça, como conseqüência da consciência do usuário que entende a importância deste ato para valorização dos investimentos realizados e subsequente preservação do meio ambiente e, por óbvio, da sua própria saúde.

A preocupação com a coleta do esgoto e, evidentemente, com a preservação do meio ambiente já existia no PLANASA, inclusive com metas a serem atingidas para melhoria da cobertura das redes já referida, sendo importante mencionar que durante o PLANASA as metas de investimento para aumento da cobertura das redes de coleta de esgotamento sanitário foram prejudicadas em face da priorização do atendimento com água de diversas localidades, em face do custo mais elevado da obra de esgoto, tal como bem explana Karine Silva Demoliner.⁶⁴

Dentre os objetivos desse Plano, estava o de garantir que até o ano de 1980, aproximadamente 80% da população urbana tivesse acesso ao sistema de água tratada e 50%, aos serviços de esgotamento sanitário. Ocorre que, em 1975, essa meta foi revista, passando a exigir-se a ampliação do percentual de abastecimento de água para outras localidades. Isto provocou certo negligenciamento com o aspecto sanitário, pois não foram elaboradas diretrizes concretas para coleta e tratamento dos esgotos.

(...)

Almejando um processo célere de auto-sustentação, a estratégia sugerida pelo Planasa às Companhias Estaduais recomendava que essas concentrassem inicialmente os seus recursos nos sistemas de

⁶⁴ Ob. cit., p. 113 e 114.

abastecimento de água – em média 22% mais barato do que o de esgotamento sanitário – e nas grandes e médias cidades, para garantir maior retorno dos investimentos. Em segundo momento, após estarem bem capitalizadas, as próprias Companhias teriam recursos suficientes para investir no abastecimento de água das cidades menores e populações carentes, bem como nos serviços de tratamento de esgotos.

Conforme o que já foi explanado alhures, este prognóstico não restou perfectibilizado, eis que ficou bastante caracterizada a dependência dos recursos públicos para viabilizar tais investimentos estruturantes, mormente no esgotamento sanitário, porquanto preterido propositadamente, o que levou à crise do modelo PLANASA após a extinção do BNH, bem como a crise financeira e que levou à reforma do Estado no início dos anos 90, o que também já foi abordado.

Importante referir que neste meio tempo, foi crescendo a conscientização para a preservação do meio ambiente e, em 1981, surge de forma sistematizada com a edição da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que “Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.”⁶⁵, uma legislação que efetivamente visa assegurar a preservação do meio ambiente, trazendo conceitos e definições novas e importantes, conforme adiante será melhor explanado.

Trazendo um exemplo prático e que interessa diretamente ao presente trabalho, Paulo Affonso Leme Machado,⁶⁶ em sua conhecida obra assim aborda os efeitos da referida legislação, exemplificando a situação do usuário que não se conecta à rede de esgoto e os efeitos ruinosos de tal conduta, sob a égide dos princípios do usuário-pagador e do poluidor-pagador:

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 de setembro de 1981. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acessado em 19 de dezembro de 2015.

⁶⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pag. 45 e 46.

O uso dos recursos naturais pode ser gratuito com pode ser pago. A raridade do recurso, o uso poluidor e a necessidade de prevenir catástrofes, entre outras coisas, podem levar à cobrança do uso dos recursos naturais. A valorização econômica dos recursos naturais não pode ser admitida para excluir faixas da população de baixa renda. No Brasil, a Lei 6.938, de 31.08.1981, diz que a Política Nacional do Meio Ambiente visará “à imposição, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” e “à imposição ao poluidor e ao predador” da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados (art. 4º, VII). Henri Smets assinala que, “em matéria de proteção do meio ambiente, o princípio do usuário-pagador significa que o utilizador do recurso deve suportar o conjunto dos custos advindos de sua própria utilização. Este princípio tem por objetivo fazer com que estes custos não sejam suportados nem pelos Poderes Públicos, nem por terceiros, mas pelo utilizador. De outro lado, o princípio não significa a imposição de taxas que tenham por efeito aumentar o preço do recurso ao ponto de ultrapassar seu custo real, após levarem-se em conta as externalidades e a raridade”. O princípio usuário-pagador contém também o princípio do poluidor-pagador, isto é, aquele que obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada. O uso gratuito dos recursos naturais tem representado um enriquecimento ilegítimo do usuário, pois a comunidade que não usa do recurso ou que o utiliza em menor escala fica onerada. O poluidor que usa gratuitamente o meio ambiente para nele lançar os poluentes invade a propriedade pessoal de todos os outros que não podem, confiscando o direito de propriedade alheia. Guilherme Cano – um dos pioneiros do Direito Ambiental na América Latina – afirma: “Quem causa a deterioração paga os custos exigidos para prevenir ou corrigir. É óbvio que quem assim é onerado redistribuirá esses custos entre os compradores de seus produtos (se é uma indústria, onerando-a nos preços), ou os usuários de seus serviços (por exemplo, uma municipalidade, em relação a seus serviços de rede de esgotos, aumentando suas tarifas). A equidade dessa alternativa reside em que não pagam aqueles que não contribuíram para a deterioração ou não se beneficiaram dessa deterioração”.

Tal preocupação também existe na nossa Constituição Federal de 1988, eis que o constituinte que elaborou a atual Carta Magna preocupou-se de forma inovadora em relação à preservação do meio ambiente, alçando-o a condição de bem de uso comum do povo, como bem ressalta Alexandre de Moraes⁶⁷ em sua obra:

Não obstante a preocupação com o meio ambiente seja antiga em vários ordenamentos jurídicos, inclusive nas Ordenações Filipinas

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, pag. 813 e 814.

que previam no Livro Quinto, Título LXXV, pena gravíssima ao agente que cortasse árvore ou fruto, sujeitando-o ao açoite e ao degredo para África por quatro anos, se o dano fosse mínimo, caso contrário, o degredo seria para sempre, as nossas Constituições anteriores, diferentemente da atual, que destinou um capítulo para sua proteção, com ele nunca se preocuparam, como destaca Édis Milaré, essa previsão atual é um “marco histórico de inegável valor, dado que as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam da proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas, sequer uma vez foi empregada a expressão ‘meio ambiente’, a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos”.

(...)

A Constituição Federal de 1988 consagrou como obrigação do Poder Público a defesa, preservação e garantia da efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Assim, no caput do artigo 225, o texto constitucional afirma ser o meio ambiente bem de uso comum do povo, suscitando a utilização de todos os meios legislativos, administrativos e judiciais necessários à sua efetiva proteção, que possui um regime jurídico especial que exorbita o Direito Comum.

O Marco Regulatório do Saneamento vai no mesmo sentido das legislações e citações doutrinárias referidas alhures, porquanto há obrigatoriedade da viabilização da conexão à rede de esgoto por parte do Poder Público e efetivação do usuário dos serviços, ressalvados os condicionantes no mesmo artigo referido, conforme disposto no artigo 45 caput e parágrafo primeiro da Lei do Saneamento.⁶⁸

Portanto, tais citações nos lembram da responsabilidade e das ferramentas que possui o Poder Público, em conjunto com o cidadão e usuário dos serviços públicos, para evitar valorizar os investimentos efetivados e a ocorrência do dano ambiental e, caso ocorrido o mesmo, sejam tomadas as medidas cabíveis para que seja restabelecido o *status quo ante*.

⁶⁸ Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.

§ 1o Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.

Portanto, ambos têm papel vital neste processo todo, eis que para que os investimentos sejam efetivos e justificados, há a necessidade da disponibilização do serviço e da infraestrutura de forma completa (rede de esgoto e caixa de calçada para conexão a mesma, com ligação factível) e do destinatário final das obras acatar voluntariamente o comando que constará na notificação para que seja efetivamente prestado o serviço, objetivando que tais investimentos valham o esforço realizado para concretizá-los, evitando a ocorrência do dano ambiental e gerando mais qualidade de vida para o usuário, sendo que caso o referido dano ocorra, que sejam efetivados os ressarcimentos pertinentes, bem como aplicadas as punições cabíveis, objetivando preservar o meio ambiente e resguardar os que agem em consonância com os ditames da preservação do mesmo.

Ademais, a conexão à rede pública de esgotamento sanitário porquanto além de resolver um problema interno da residência, eis que não mais precisará efetivar a manutenção na fossa séptica (caso tenha), também resolverá um problema ambiental, repise-se, porquanto ainda que a fossa séptica seja aceita como uma forma de tratamento do esgoto (primária) pelo próprio Marco Regulatório do Saneamento, em seu artigo 45 (transcrito alhures), sabe-se que não é a melhor, porquanto não remove integralmente as impurezas dos efluentes, além de depender da permeabilidade do solo para a sua eficácia, situação que pode inclusive inviabilizar a instalação dos referidos equipamentos.

Tal conexão à rede de esgoto também resolverá um problema que ocorre nas cidades brasileiras e que é de conhecimento de todos acerca da conexão do ramal de esgoto interno às tubulações de esgotamento pluvial existentes, gerando o descarte, em mananciais, de tal esgoto sem o prévio tratamento, o que não é aceitável e nem permitido pela Legislação ambiental e do Saneamento, conforme já referido alhures.

Entretanto, a despeito das obrigações referidas, é de bom tom que existam facilidades e incentivos para que o usuário assim proceda a conexão à rede de esgoto.

Poderão ser oferecidas carências aos usuários para que permaneçam sem pagar pelo esgoto coletado por determinado período (preferencialmente curto, objetivando não causar prejuízo ao prestador de serviço), após a conexão à rede de esgoto, mormente para os usuários de baixa renda.

Também o prazo fixado para que o usuário efetive a conexão à rede de esgoto (prazo de carência), após a notificação recebida do prestador dos serviços, pode ser bastante razoável, objetivando que o mesmo possa adequar o orçamento familiar para efetuar o novo pagamento, no caso dos usuários de baixa renda.

Os recursos do Fundo Municipal de Gestão Compartilhada derivam de 100% da arrecadação com esgotamento sanitário (estímulo ao Município para propor Legislação punitiva aos usuários que não se conectarem à rede de esgoto), o que já foi abordado neste trabalho.

Exemplificativamente, no Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto da CORSAN há regra específica prevendo a cobrança por disponibilidade do serviço (quando há caixa de calçada), carecendo de regulamentação tal dispositivo pelo Órgão de Regulação Estadual, posto que há processo administrativo tramitando e que aguarda julgamento em tal sentido.

Importante a realização de um trabalho socioambiental que foi desenvolvido com recursos a Caixa Econômica Federal quando da realização das obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, objetivando conscientizar a população acerca da importância da conexão à rede de esgoto.

A CORSAN ainda tem um percentual considerável de usuários não conectados ao sistema pelos mais variados fatores, eis que vão desde a resistência ao pagamento dos valores pelo tratamento do esgoto até o desconhecimento do processo como um todo por parte dos mesmos, algo preocupante em face dos investimentos que estão sendo feitos pela Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, sendo que a cobrança pela disponibilidade dos serviços tem regra disposta no Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto da CORSAN e que aguarda regulamentação pelo Ente de Regulação, repise-se, estando a mesma, por ora, sem eficácia.

CONCLUSÕES

A quantidade de instrumentos jurídicos criados recentemente para viabilizar a qualificação na prestação dos serviços públicos e melhorias na infraestrutura do Brasil, nos indicam que não existe uma solução única para a resolução dos históricos problemas estruturais do Estado Brasileiro, mormente no setor de saneamento básico.

Tais criações do Legislativo e Executivo Brasileiros nos mostram que para a resolução dos problemas referidos anteriormente, uma só alternativa não é viável para o atingimento das metas de universalização dos serviços de saneamento básico no Brasil, eis que tal não depende apenas do instrumento jurídico adequado, mas também da disponibilidade de recursos públicos para tanto, prestadores de serviço e empreendedores, quando há a necessidade de participação privada nos investimentos.

A essencialidade do serviço objeto do presente trabalho, bem como os níveis de subdesenvolvimento em que nos encontramos, seguramente tem levado o Poder Público à adoção de soluções compartilhadas para a resolução do problema, com associações entre os Entes Federados e com a iniciativa privada.

Note-se que com o exaurimento do modelo de contratação via concessão simples ou plena, em face da insuficiência das tarifas para a realização dos investimentos estruturantes necessários e da ausência de um sistema de garantias eficiente para que o investidor privado pudesse sentir-se encorajado a tomar o risco inerente aos grandes investimentos necessários para a viabilização da construção da infraestrutura de que estamos carentes, o que lhe torna viável apenas quando já há a construção prévia da infraestrutura, conforme explanado, fez surgir um modelo de contrato de Parceria Público-Privada e que supre esta lacuna, corrigindo e modernizando o sistema de concessões, porquanto tal modelo de contrato é, de fato, uma concessão *sui generis*, mais adequada ao que quer o mercado, o que torna tal modelo viável para a solução dos problemas que estamos

abordando, mormente porquanto não se trata de privatização do sistema (entrega total do empreendimento ao investidor privado), mas sim uma associação entre Poder Público e iniciativa privada, com compartilhamento de riscos e aferição da eficiência dos serviços prestados.

Em face de tal Legislação, podemos dizer que não mais existe este hiato em que o Poder Público não tinha os elevados valores para custear os investimentos estruturantes necessários e o Parceiro privado se os tinha, não dispunha de garantias que lhe fizessem investir, porquanto o risco do negócio era elevado e insuportável para a maioria dos empreendedores.

Neste cenário, em face do nível de subdesenvolvimento em que nos encontramos, o Contrato de Programa ganha espaço, em face da sua natureza eminentemente pública e associativa, com a junção de esforços de Entes Federados e do prestador público de serviço correspondente, objetivando a universalização dos serviços de saneamento, mormente o de esgotamento sanitário (porquanto mais oneroso para construção), além de ter facilidades para obtenção de financiamentos públicos e para propiciar a interlocução política com outras esferas de poder, em face dos diversos atores envolvidos, o que seguramente traz vantagens para o concedente que o escolher, mormente se for carente de infraestrutura e não houver atratividade do mercado para investir no referido sistema.

Importante mencionar que os dois modelos referidos anteriormente (PPP e Contrato de Programa) não são excludentes, porquanto pode perfeitamente haver uma interconexão entre os mesmos, com os condicionantes previstos nas referidas Leis que os instituem, mormente em relação às PPPs, eis que são direcionadas para grandes investimentos, superiores a vinte milhões de reais e condicionadas à apresentação de estudo prévio que justifique a contratação neste modelo, o que de certa maneira, limita a sua escolha.

Portanto, todos os esforços que puderem ser envidados para a consecução do fim almejado pelo Marco Regulatório do Saneamento devem ser encetados pelos responsáveis pela condução das políticas de saneamento do País, não devendo haver restrição à utilização de um ou alguns dos instrumentos jurídicos analisados neste trabalho (ou outros que não foram, eis que focamos a análise nos principais instrumentos jurídicos), eis que cada qual tem a sua utilização recomendada, dependendo do momento, de alguns fatores e condicionantes, devendo ser salientado que o que deve ser priorizado é a universalização dos serviços de esgotamento sanitário à população, eis que o instrumento jurídico utilizado tem caráter instrumental e pontual, não podendo pautar as ações do gestor responsável.

REFERÊNCIAS

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito do Saneamento*. Campinas: Millennium, 2007.

ALVES, Alaôr Caffé. *Saneamento Básico – Concessões, Permissões e Convênios Públicos*. São Paulo: Edipro, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôles dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de março de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm> Acessado em 09 de dezembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 5.318, de 26 de setembro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento e cria o Conselho Nacional de Saneamento. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de setembro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5318.htm> acessado em 30 de outubro de 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 248, de 28 de fevereiro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento Básico, cria o Conselho Nacional de Saneamento Básico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de fevereiro de 1967. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-248-28-fevereiro-1967-356864-publicacaooriginal-1-pe.html>> acessado em 30 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 de maio de 1978. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6528.htm> acessado em 30 de novembro de 2015.

BRASIL. Decreto nº 82.587, de 06 de novembro de 1978. Regulamenta a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de novembro de 1978. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D82587.htm> acessado em 30 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá

outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 de setembro de 1981. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acessado em 19 de dezembro de 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1986. Extingue o Banco Nacional da Habitação - BNH, e dá outras Providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de novembro de 1986. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12291.htm> acessado em 30 de outubro de 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acessado em 04 de dezembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm> Acessado em 15 de dezembro de 2015.

BRASIL. Dados coletados no site da Subchefia de Assuntos Parlamentares da Presidência da República. Exposição de Motivos nº 18, de 25 de junho de 2004. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2004/18-CCIVILSCPAIMSMIMCIDMF.htm>> acessado em 21 de dezembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm> Acessado em 15 de dezembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de abril de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm> Acessado em 02 de dezembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá

outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 de janeiro de 2007 e retificado no dia 11 do mesmo mês. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm> Acessado em 29 de novembro de 2015.

BRASIL. Decreto nº 6.025, de 22 de janeiro de 2007. Institui o Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, o seu Comitê Gestor, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de janeiro de 2007 (edição extra). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6025.htm> Acessado em 30 de novembro de 2015.

BRASIL. Decreto nº 6.046, de 22 de fevereiro de 2007. Dispõe sobre a programação orçamentária e financeira, estabelece o cronograma mensal de desembolso do Poder Executivo para o exercício de 2007 e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6046.htm> Acessado em 29 de novembro de 2015.

BRASIL. Portaria nº 292, de 16 de setembro de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Regula o processamento do cadastro dos empreendimentos e a autorização de empenho das dotações orçamentárias das ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de setembro de 2008. Disponível em <https://www.sispac.gov.br/upload/publico/upload/Portaria292_Set_2008.pdf> acessado em 28 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da MetrÓpole, altera a Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 de janeiro de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm> Acessado em 19 de dezembro de 2015.

Dados coletados no site da Lex Magister. Disponível em <http://www.lex.com.br/legis_24562256_PORTARIA_N_280_DE_25_DE_JUNHO_DE_2013.aspx> acessado em 16 de dezembro de 2015.

Dados coletados no site da Caixa Econômica Federal acerca do programa Saneamento para todos <http://www1.caixa.gov.br/gov/gov_social/municipal/assistencia_tecnica/produtos/financiamento/saneamento_para_todos/saiba_mais.asp> acessado em 16 de dezembro de 2015.

Dados coletados no site na Internet do Instituto Trata Brasil (OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), Disponível em <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil>> acessado em 29/01/2016.

DEMOLINER, Karine Silva. *Água e Saneamento Básico. Regimes Jurídicos e Marcos Regulatórios no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

DURÃO, Pedro. *Convênios e Consórcios Públicos: Gestão, Teoria e Prática*. Curitiba: Juruá Editora.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de Freitas *et alii*. *Águas: Aspectos Jurídicos e Ambientais*. 3. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

LIMA, Carlos Eduardo de Oliveira Lima. Jus Navigandi. *Parcerias Público-Privadas: a reforma de 2012 e a possibilidade de pagamento imediato dos aportes financeiros pelo parceiro público*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/27176/parcerias-publico-privadas-a-reforma-de-2012-e-a-possibilidade-de-pagamento-imediato-dos-aportes-financeiros-pelo-parceiro-publico>> acessado em 20 de dezembro de 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias *et alii*. *Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTA CRUZ DO SUL (Estado do Rio Grande do Sul). Contrato de Programa firmado com a CORSAN em 02 de julho de 2014. Disponível em <http://www.santacruz.rs.gov.br/download2014/smmass_plano/03%20Contrato%20de%20Programa%20para%20Presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Abastecimento%20de%20%C3%81gua%20e%20Esgotamento%20Sanit%C3%A1rio.pdf> Acessado em 08 de janeiro de 2016.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUTO, Marcus Juruena Villela Souto. *Desestatização: Privatizações, Concessões Terceirizações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari *et alii*. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAQUARI (Estado do Rio Grande do Sul). Contrato de Programa firmado com a CORSAN em 06 de julho de 2012. Disponível em <http://www.taquari.rs.gov.br/uploads/norma/17315/Contrato_Corsan_2012_2042.pdf> Acessado em 08 de janeiro de 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 8ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.