



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



ROMERO PAES BARRETO DE ALBUQUERQUE

**NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO: Uma análise dos desafios
institucionais e econômicos trazidos pela Lei nº 14.026/2020**

Recife
2024

ROMERO PAES BARRETO DE ALBUQUERQUE

**NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO: Uma análise dos desafios
institucionais e econômicos trazidos pela Lei nº 14.026/2020**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Transformações em Direito Público. Linha de Pesquisa: Estado e Regulação.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Junior

Recife
2024

Catálogo de Publicação na Fonte. UFPE - Biblioteca Central

Albuquerque, Romero Paes Barreto de.

Novo marco legal do saneamento: Uma análise dos desafios institucionais e econômicos trazidos pela Lei nº 14.026/2020 / Romero Paes Barreto de Albuquerque. - Recife, 2025.

227f.: il.

Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.

Orientação: Edilson Pereira Nobre Junior.

Inclui referências.

1. Saneamento Básico; 2. Regulação; 3. Análise Econômica do Direito; 4. Concessões; 5. Parcerias Público Privadas; 6. Agências Reguladoras. I. Nobre Junior, Edilson Pereira. II. Título.

UFPE-Biblioteca Central

ROMERO PAES BARRETO DE ALBUQUERQUE

**NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO: Uma análise dos desafios
institucionais e econômicos trazidos pela Lei nº 14.026/2020**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público. Linha de Pesquisa: Estado e Regulação.

Aprovado em: 18/10/2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Junior (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Walber de Moura Agra (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Marcos Antonio Rios da Nóbrega (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Dr. Gustavo Massa Ferreira Lima (Examinador Externo)
Ministério Público de Contas de Pernambuco - MPCO

Prof. Dr. Marcelo Casseb Continentino (Examinador Externo)
Universidade de Pernambuco - UPE

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, porquanto a eles devo toda minha formação humana e educacional, pois desde meu nascimento me proporcionaram todas as condições possíveis para que eu pudesse atingir meus objetivos de vida.

Ao meu pai Reginaldo (*in memoriam*), que sempre foi meu espelho para a vida e minha inspiração no direito. A minha mãe Carmélia, pelo amor e carinho incomensuráveis.

A Juliana, Lorena e Gabriela, pois sem elas nada faria sentido na minha vida.

Aos meus irmãos Renato e Rodrigo, que nunca mediram esforços para ajudar o irmão caçula durante esta caminhada.

Aos amigos que de alguma forma me ajudaram a concluir esse Doutorado, em especial aos amigos do BNDES que foram muito importantes neste período.

Ao meu orientador, professor Edilson Pereira Nobre Junior, que registro toda minha admiração, pelo respeito, dedicação e simplicidade no trato aluno-educador.

RESUMO

Dentre os diversos setores da infraestrutura, o setor do saneamento básico é de suma importância. Isto porque, o saneamento básico pode contribuir com a melhoria da qualidade de vida da população, com avanços na educação, para a expansão do turismo bem como para a despoluição dos rios e preservação dos recursos hídricos. No entanto, percebe-se que o déficit do setor é algo bastante sensível no dia a dia da população brasileira. Vale ressaltar que referido déficit abarca tanto o setor da infraestrutura *hard*, que envolve investimentos vultosos como no setor da infraestrutura *soft*, que abrange a prestação de serviços públicos de maneira geral. De se dizer, entretanto, que as condições e restrições fiscais atuais da economia brasileira não permitem ao Estado ser a principal mola propulsora para que os investimentos em infraestrutura no setor de saneamento possam recuperar o ritmo e volume desejáveis de crescimento com o intuito de universalizar o acesso ao abastecimento de água e esgotamento sanitário para toda população. Para o enfrentamento desses desafios, é de suma importância objetivar a criação de regras e marcos legais que possibilitem um ambiente institucional seguro e estável e que tenham capacidade de gerar confiança para viabilizar a atração das ferramentas capazes de suprir esse grande déficit conjuntural. Em razão disso, o Brasil passou a realizar a construção de um quadro normativo com vistas à recuperação de sua capacidade de investimento, que consistia na busca por ferramentas que pudessem atrair o interesse do setor privado, e a consequente alocação dos recursos por eles providos, em áreas com déficit de investimentos públicos como o saneamento básico. Neste sentido, as concessões e parcerias público-privada são instrumentos úteis e com capacidade de atingir esse intento. Ademais, fora editada a Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, também conhecida como o marco legal do saneamento básico. Referida norma legal busca possibilitar a alavancagem dos investimentos no setor, e tem como objetivos trazer estabilidade e previsibilidade no setor, visando o desenvolvimento e prosperidade econômica. Percebe-se que o novo Marco Legal do Saneamento incorpora diversos princípios e conceitos da Análise Econômica do Direito, buscando criar um ambiente regulatório que promova eficiência econômica, reduza custos de transação e crie incentivos adequados para a melhoria dos serviços de saneamento no Brasil. A presente tese realiza uma digressão acerca dos modelos de atuação do Estado bem como das razões do surgimento da regulação. Também se aborda o quadro normativo brasileiro no que se atine a construção de infraestruturas públicas. É realizada uma imersão no setor de saneamento e, por fim, são analisadas as inovações e os desafios institucionais e econômicos e os impactos desejados e efetivamente causados pelo novo marco legal do setor nos seus primeiros anos de vigência.

Palavras-chave: Saneamento Básico; Regulação; Análise Econômica do Direito; Concessões; Parcerias Público Privadas; Agências Reguladoras.

ABSTRACT

Among the various sectors of the infrastructure, the basic sanitation sector is of paramount importance. This is because basic sanitation can contribute to the improvement of the population's quality of life, with advances in education, to the expansion of tourism as well as the depollution of rivers and preserving water resources. However, it is clear that the sector deficit is quite sensitive in the daily life of the Brazilian population. It is noteworthy that this deficit encompasses both the Hard Infrastructure sector, which involves large investments as well as in the Soft Infrastructure sector, which covers the provision of public services in general. It should be said, however, that the current tax conditions and restrictions of the Brazilian economy do not allow the state to be the main driving spring so that investments in infrastructure in the sanitation sector can recover the desirable rhythm and volume of growth in order to universalize the universal Access to water supply and sewage to the entire population. For the confrontation of these challenges, it is of paramount importance to objectify the creation of legal rules and milestones that enable a safe and stable institutional environment that are able to generate confidence to enable the attraction of tools capable of supplying this large conjunctural deficit. As a result, Brazil started to build a normative framework for the recovery of its investment capacity, which consisted of the search for tools that could attract the interest of the private sector, and the consequent allocation of the resources provided by them, in areas with public investment deficit such as basic sanitation. Thus, Public-private concessions and partnerships are useful instrument and capable of achieving this intent. In addition, Law No. 14,026 of July 15, 2020, also known as the Legal Framework of Basic Sanitation. This legal norm seeks to enable the leverage of investments in the sector and aims to bring stability and predictability in the sector, aiming at development and economic prosperity. The new legal framework of sanitation incorporates several principles and concepts of the economic analysis of law, seeking to create a regulatory environment that promotes economic efficiency, reduce transaction costs and create adequate incentives for the improvement of sanitation services in Brazil. The present thesis conducts a tour of the state's acting models as well as the reasons for the emergence of regulation. The Brazilian normative framework is also addressed in reaching the construction of public infrastructures. An immersion in the sanitation sector is carried out and, finally, the innovations and institutional and economic challenges and the desired and effectively impacts caused by the new legal framework of the sector are analyzed in its early years.

Keywords: Basic sanitation; Regulation; Economic Analysis of Law; Concessions; Public-Private Partnerships; Regulatory agencies.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Atendimento total de água no Brasil por Região.....	91
Figura 2 - Percentual de perdas na distribuição de água no Brasil.....	91
Figura 3 - Acesso à coleta de esgoto no Brasil.....	92
Figura 4 - Esgoto tratado no Brasil após coleta.....	92
Figura 5 - Panorama dos Planos Municipais de Saneamento Básico.....	93
Figura 6 - Distribuição do acesso a serviços de água, esgoto e lixo por Município.	125
Figura 7 - Investimentos em Infra no Setor de Saneamento.....	188

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABES	Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
AGU	Advocacia Geral da União
ANA	Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico
ASSEMAE	Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento
BNDE	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Social
BNH	Banco Nacional de Habitação
CEF	Caixa Econômica Federal
CESB	Companhias Estaduais de Saneamento
CF	Constituição Federal
CHESF	Companhia Hidrelétrica do São Francisco
CSN	Companhia Siderúrgica Nacional
CVRD	Companhia Vale do Rio Doce
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
EPL	Empresa de Planejamento e Logística S.A
EUA	Estados Unidos da América
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FINASE	Fundo de Financiamento para o Saneamento
FNM	Fábrica Nacional de Motores
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IAA	Instituto do Açúcar e do Alcool
IN	Instrução Normativa
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
LC	Liquidez Corrente
LG	Liquidez Geral
NMLSB	Novo Marco Legal do Saneamento Básico
OCDE	Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento
ODS	Objetivos do Desenvolvimento Sustentável
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PIB	Produto Interno Bruto
PLANASA	Plano Nacional de Saneamento
PLANSAB	Plano Nacional de Saneamento Básico
PMSB	Planos Municipais de Saneamento Básico
PND	Programa Nacional de Desestatização
PNSB	Plano Nacional de Saneamento Básico
PPI	Programa de Parcerias de Investimentos
PPP	Parcerias Público-Privadas
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
RSU	Resíduos Sólidos Urbanos

SAAE	Serviços Autônomos de Água e Esgoto
SAE	Serviço de Água e Esgoto
SAMAE	Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto
SESP	Serviço Especial de Saúde Pública
SFS	Sistema Financeiro de Saneamento
SG	Solvência Geral
SIAB	Sistema de Informações sobre a Atenção Básica
SNIS	Sistema Nacional de Informações em Saneamento
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 O ESTADO LIBERAL, SOCIAL E PÓS-MODERNO.....	11
2.1 HISTÓRICO SOBRE A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO E O CAMINHO PARA O ESTADO REGULADOR.....	14
2.1.1 Modelo de Estado Patrimonial.....	14
2.1.2 O modelo de Estado Burocrático e as mudanças na administração pública nacional.....	15
2.1.3 A superação do modelo burocrático e o caminho para o modelo de administração gerencial.....	17
2.1.4 O Estado Regulador.....	20
2.2 CONCEITO DE REGULAÇÃO E SUAS TEORIAS.....	26
3 A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA.....	38
3.1 A ORDEM JURÍDICA ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES LIBERAIS E SOCIAIS.....	40
3.2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	48
3.3 CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SEU TRATAMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	55
4 EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE CONSTRUÇÃO DA INFRAESTRUTURA NACIONAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	62
4.1 LEGISLAÇÕES APLICÁVEIS PARA A CONSTRUÇÃO DA INFRAESTRUTURA PÚBLICA: O MODELO DE OBRAS PÚBLICAS.....	64
4.2 REGRAS ATINENTES AOS MODELOS DE CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	74
4.3 ALTERNATIVAS PARA A ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS DE CONCESSÕES E PPPS PARA O SETOR PÚBLICO.....	81
5 A IDEIA INICIAL ACERCA DO SANEAMENTO BÁSICO.....	87
5.1 DOS PRIMÓRDIOS DO SANEAMENTO BÁSICO NO MUNDO.....	94
5.2 O INÍCIO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL.....	98
5.3 OS AVANÇOS INSTITUCIONAIS OCORRIDOS NO SÉCULO XX.....	102
6. DA LEI Nº 11.445/2007.....	110
6.1 O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DA NORMA.....	111
6.2 CARACTERÍSTICAS E AVANÇOS INSTITUCIONAIS TRAZIDOS PELA LEI	

11.445/2007.....	115
6.3 IMPACTO DOS INVESTIMENTOS POSSIBILITADOS PELA LEI 11.445/2007 EM CONJUNTO COM O PAC E DIFICULDADES ENFRENTADAS PELA NORMA 121	
6.4 O CAMINHO PARA UMA NOVA REFORMA DA LEI DO SANEAMENTO BÁSICO.....	127
7 ASPECTOS ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O SETOR DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL.....	130
7.1 BREVE INTRODUÇÃO ACERCA DO DIREITO E DA ECONOMIA.....	131
7.2 ORIGENS DA LAW AND ECONOMICS (ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO).....	133
7.3 ESCOLAS E CAMPOS DE PESQUISA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	137
7.3.1 A Escola de Chicago.....	138
7.3.2 A Escola de New Haven.....	140
7.3.3 A Escola Austríaca.....	142
7.3.4 As Escolas Institucionais.....	143
7.4 DISCIPLINAS COMPLEMENTARES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	145
7.5 VERTENTES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	147
7.5.1 Vertente Positiva.....	147
7.5.2 Vertente Normativa.....	149
8. DA LEI Nº 14.026/2020 – O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO 153	
8.1 CONTEXTO PARA ATUALIZAÇÃO DA LEI Nº 11.445/2007.....	154
8.2 PRINCIPAIS EFEITOS ECONÔMICO-JURÍDICOS TRAZIDOS PELO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO.....	158
8.3 PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO E O IMPACTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI 1842.....	169
8.4 DA VALIDADE DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO – O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE - (ADIS) 6492, 6536, 6583 E 6882.....	176
8.5 AVANÇOS E DESAFIOS PROPORCIONADOS PELO NOVO MARCO.....	183
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	192
REFERÊNCIAS.....	200

1 INTRODUÇÃO

A universalização do saneamento básico no Brasil é um desafio estrutural e econômico que demanda uma abordagem inovadora e integrada. A promulgação da Lei nº 14.026/2020, conhecida como Novo Marco Legal do Saneamento Básico, trouxe importantes avanços institucionais e econômicos, visando atrair investimentos privados e reorganizar a infraestrutura de um setor crucial para o bem-estar da população brasileira.

Vale ressaltar, de antemão, que a história do saneamento básico no Brasil é marcada por avanços pontuais e lacunas estruturais. A Lei nº 11.445/2007 representou um passo importante ao estabelecer diretrizes nacionais para o setor.

Contudo, dificuldades na implementação e limitações financeiras limitaram seu impacto. O Novo Marco Legal surge como uma tentativa de superar esses desafios, introduzindo medidas que fomentam a concorrência, a regionalização dos serviços e a obrigatoriedade de licitações.

No entanto, para entender como funciona o desenvolvimento de setores da infraestrutura no Brasil, se faz importante entender o modelo de atuação do Estado e da administração pública no país ao longo dos séculos. E sendo assim, esta tese buscará, nos capítulos seguintes, trazer uma abordagem multidisciplinar que tratará de temas afetos ao setor de infraestrutura, em especial o saneamento básico.

Para tanto, será preciso entender o modelo de Estado liberal, consolidado nos séculos XVIII e XIX, que tinha como princípio fundamental a mínima intervenção estatal, garantindo a livre iniciativa e a proteção da propriedade privada.

Em seguida, se perceberá que com o avanço das desigualdades sociais e as crises econômicas, o modelo liberal passou a ser questionado, dando lugar ao Estado social, que emergiu no século XX com o objetivo de garantir direitos fundamentais e promover justiça social.

Com o passar do tempo, o conceito evoluiu para o Estado pós-moderno, caracterizado pela descentralização administrativa, eficiência gerencial e maior participação do setor privado na prestação de serviços públicos.

De se dizer que no Brasil, essa evolução impactou diretamente os modelos de administração pública. O país transitou do modelo patrimonialista, marcado pela

fusão entre interesses públicos e privados, para o burocrático, que priorizou a racionalização da máquina estatal e a profissionalização do funcionalismo público.

A partir da década de 1990, influenciado pelo movimento de reforma do Estado, que buscou inspiração em outros países como a Inglaterra e Estados Unidos, o Brasil adotou o modelo gerencial, com foco na eficiência, transparência e introdução de mecanismos de controle de resultados, promovendo maior integração entre setores público e privado.

E diante da ampliação da participação do setor privado na prestação de serviços públicos, o papel do Estado passou a ser predominantemente regulador, buscando garantir um equilíbrio entre eficiência econômica e o atendimento ao interesse público.

Como ainda será visto, fora construído ao longo anos no Brasil um arcabouço normativo específico para a construção de infraestrutura pública, que foi sendo aperfeiçoado visando garantir transparência, eficiência e competitividade na realização de obras e na prestação de serviços.

Neste sentido, podemos citar como principais marcos legais a Lei nº 8.666/1993, revogada pela Lei 14.133/2023, conhecida como a Lei de Licitações e Contratos, estabeleceu regras detalhadas para a contratação de obras, serviços e compras pelo poder público.

Também é importante destacar as Leis nº 8.987/1995 e 9.074/95, que inauguram regras acerca da delegação da prestação de serviços à iniciativa privada mediante contratos de concessão.

Além disso, as Parcerias Público-Privadas (PPPs), introduzidas pela Lei nº 11.079/2004, surgiram como um mecanismo para viabilizar investimentos em infraestrutura essencial sem comprometer significativamente o orçamento público. As PPPs consistem em contratos de longo prazo entre o setor público e empresas privadas, nos quais a iniciativa privada assume a responsabilidade pela construção, operação e manutenção de serviços ou infraestruturas, sendo remunerada conforme seu desempenho e metas estabelecidas.

Essas parcerias são fundamentais para países como o Brasil, pois permitem a ampliação e modernização da infraestrutura em setores estratégicos, como saneamento, transportes e energia, assegurando qualidade e eficiência na prestação de serviços públicos.

Diante deste cenário, passou a ser necessária a criação e o fortalecimento de agências reguladoras no Brasil, com o objetivo de estabelecer regras claras, evitar abusos de mercado e promover a concorrência, essencial para a melhoria da qualidade e acessibilidade dos serviços essenciais, como saneamento básico, energia e telecomunicações.

No contexto do Novo Marco Legal do Saneamento, a regulação eficiente é fundamental para garantir que os investimentos necessários sejam realizados e que a universalização dos serviços ocorra de forma sustentável e equitativa. Isto porque, consoante se observará na construção da presente tese, o setor de saneamento não se desenvolveu de maneira adequada e, desta forma, ainda não foi capaz de universalizar a prestação dos serviços necessários para toda a população.

Desta forma, no âmbito do Novo Marco, o legislador pátrio estabeleceu regras mais claras, com metas e de conteúdos econômico e programáticos, visando aumentar os investimentos para o saneamento. Resta claro que houve ao longo do texto a incorporação de princípios e conceitos fundamentais da Análise Econômica do Direito (AED).

A Análise Econômica do Direito pode ser utilizada para compreender e potencializar os impactos do Novo Marco Legal do Saneamento. A AED, como disciplina interdisciplinar, oferece ferramentas para avaliar as consequências econômicas das normas jurídicas, permitindo uma abordagem mais pragmática na formulação e execução de políticas públicas.

Como se demonstrará em capítulo específico, a AED é capaz de auxiliar na compreensão de como normas jurídicas influenciam incentivos econômicos e alocação de recursos. A AED explora como incentivos econômicos influenciam o comportamento dos agentes envolvidos na aplicação e cumprimento de normas jurídicas.

No contexto do Novo Marco Legal, a AED é um instrumento que é bastante útil para identificar como a legislação pode ser utilizada para reduzir as barreiras para a entrada do setor privado e aumentar a eficiência na alocação de recursos bem como para criar um ambiente legal estável e previsível com capacidade de atrair investimentos.

Sendo assim, o uso da AED tem o condão de ajudar a demonstrar como o marco legal pode funcionar como catalisador para atingir os objetivos de

universalização. E sob a perspectiva econômica, a Lei nº 14.026/2020 inova bastante ao trazer o incentivo à competição com a definição clara de metas e responsabilidades com o intuito de atrair o setor privado bem como alavancar recursos para superar os déficits históricos do setor.

Esta tese realizará uma revisão da literatura e da jurisprudência acerca dos temas acima mencionados e objetivará identificar, através de dados públicos disponíveis, se as novas regras trazidas para o setor do saneamento, nos primeiros anos de vigência, foram capazes de possibilitar um aumento de investimento no setor.

Do mesmo modo, se buscará entender quais desafios técnicos, políticos, institucionais e federativos foram postos aos principais atores do setor em razão das inovações implementadas pelo Novo Marco Legal.

Por último, é importante destacar que o Novo Marco Legal do Saneamento representa uma oportunidade única para o Brasil superar os desafios históricos do setor e atingir a universalização dos serviços. Alinhar uma visão retrospectiva integrada do setor aos princípios da Análise Econômica do Direito, que foram incorporados na nova norma, é fundamental para maximizar os benefícios dessa legislação, garantindo um impacto positivo tanto para a população quanto para a economia.

2 O ESTADO LIBERAL, SOCIAL E PÓS-MODERNO

Ao longo da história mundial, o papel exercido pelo Estado dentro da sociedade, principalmente no que atine ao âmbito econômico, passou por diversas fases. Resgatando um pouco da teoria constitucionalista moderna¹, surgida a partir do final do século XVIII, podemos ter uma maior visibilidade acerca dessa mutação a qual mencionamos.

No final do século XVIII, após o surgimento de revoluções que buscavam instituir ideais de liberdade e igualdade, que ocorreram principalmente nos Estados Unidos e na França, os regimes monárquicos absolutistas até então vigentes passaram a ser superados^{2,3}.

Os objetivos das revoluções ocorridas nos Estados Unidos e na França, era assegurar o primado da liberdade dos indivíduos, garantindo a não interferência do Estado na propriedade privada e muito menos na economia. Não se pode olvidar que cada revolução tinha uma característica peculiar. Nessa linha, Comparato⁴ ensina que:

A chamada Revolução Americana foi essencialmente, no mesmo espírito da Glorious Revolution inglesa, uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos de cidadania, diante dos abusos e usurpações do poder monárquico. Na Revolução Francesa, bem ao contrário, todo o ímpeto do movimento político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições de vida em sociedade. O que se quis foi apagar completamente o passado e recomeçar a História do marco zero — reinício muito bem simbolizado pela mudança de calendário. Ademais, enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que em estimular igual movimento em outras colônias europeias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos.

Os ideais trazidos nas referidas revoluções, que inaugurou a fase do Estado liberal, se assemelhavam, numa visão de economia política, à defesa do Estado

¹ Não pretendemos aqui resgatar a noção de constituição compreendida no seu sentido material, que traz o modo de organização da sociedade política. Nos referimos aqui à noção da constituição no seu sentido formal, expressando a existência de um poder constituinte formal. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 32.

² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 41-54.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018. p. 102-105.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

mínimo que conferia tanto aos indivíduos com a mão invisível do mercado⁵ os poderes para a promoção do bem comum.

No entanto, no início da segunda década do século XIX, a visão do papel a ser exercido pelo Estado em diversos países foi sendo alterada. Os ideais de ausência ou quase ausência de participação na economia e na vida dos indivíduos passou a não ser vista como o melhor modelo⁶. Não bastava que o Estado garantisse apenas a liberdade e segurança dos indivíduos dentro da sociedade, sendo imperativo assumir alguns papéis distintos.

Dita fase, também conhecida como fase do Estado social (*welfare state*), alocou nas mãos do Estado tanto competências de natureza econômica como competências de espectro distributivistas.

No entanto, a política do *laissez faire* não foi suficiente para atenuar as distorções criadas pela mão invisível do mercado e muito menos para garantir o progresso econômico e o bem-estar da população.

Assim, durante o *welfare state* visto ao redor do mundo, o Estado passou a ter o papel de intervir na economia de maneira mais concreta⁷. E o fez através de ações diretas, como a prestação de serviços públicos, ou ações indiretas, através de políticas públicas redistributivas que visavam garantir a igualdade material⁸, principalmente para as camadas mais pobres da sociedade⁹.

⁵ Na visão de Adam Smith: “[Cada indivíduo] pretende apenas a sua própria segurança, apenas seu próprio ganho. E ele está neste guiado por uma mão invisível a promover um fim que não fazia parte da sua intenção. Ao prosseguir seu próprio interesse, ele frequentemente promove o da sociedade mais eficazmente do que quando ele realmente tem a intenção de promovê-lo”. Cf. SMITH, Adam. **Wealth of Nations**. United Kingdom: Oxford University Press, 2008. p. 16.

⁶ Alguns argumentos que justificam essa mudança passam pelo sentimento de exploração do homem pelo homem. Nesse período podemos verificar jornadas de trabalho extremas, remunerações aquém do devido e miséria abundante que levaram o formalismo liberal-burguês a sofrer críticas. Como bem apontado por Comparato (1978, p. 453-472) “a posição estatal de simples árbitro do respeito às regras do jogo econômico não tinha mais razão de ser, desde o momento em que os diferentes protagonistas deixavam de jogar. A se porfiar no otimista *laissez faire*, ter-se-ia na prática um *laissez ne pas faire*. Incumbia a alguém reimpulsionar a máquina econômica paralisada, e este alguém só poderia ser o Estado”. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **O Indispensável Direito Econômico**. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 453-472.

⁷ Podemos listar alguns fatos que atestam características do Estado social ao redor do mundo, dentre eles temos a constitucionalização de direitos sociais no México em 1917, as garantias trabalhistas implementadas pela Constituição de Weimar de 1919 bem como o *new deal*, que buscou atenuar os impactos da crise de 1929 nos Estados Unidos.

⁸ De acordo com Bobbio “o novo modelo de igualdade introduzido pela nova concepção de Estado como um ideal a que se deve perseguir, pois significa, genericamente, uma igualdade com relação aos bens materiais, ou igualdade econômica”. Cf. BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 32.

⁹ Podemos listar aqui ações relacionadas as garantias trabalhistas, previdenciárias, assistência social

A fase do Estado social foi sucedida pela fase do Estado pós-moderno. O contexto para essa modificação tem relação com o esgotamento de modelos produtivos e comerciais até então vigentes, principalmente em países latino-americanos.

Isto porque, com o fenômeno da globalização¹⁰, os critérios relacionados à eficiência produtiva, de comércio e de desenvolvimento econômico e social passaram a ser fixados em níveis mundiais. E nessa esteira, o Estado passou a ser visto como um ente excessivamente burocrático, moroso e incapaz de liderar um processo de progresso e transformação com o condão de produzir resultados eficientes para a sociedade.

Assim, era necessário que o papel indutor avivado por meio do modelo do Estado social fosse revisto¹¹. Desta forma, vários países buscaram efetuar reformas em seus setores públicos com o objetivo de trazer mais eficiência nos serviços prestados à população.

E o caminho para o tão importante progresso econômico e eficiência passava pela adoção de medidas que realizassem ajustes fiscais, descentralização administrativa, regulação de serviços (e não mais sua prestação) e pela abertura de competição para que agentes privados realizassem tais atividades.

Desta maneira, o padrão de atuação do Estado como um ator intervencionista na economia passou a ser substituído por uma economia de mercado, com inserção de diversos atores privados na prestação de serviços públicos. E para isso, é fundamental o papel a ser exercido pela atividade regulatória visando a boa execução dos referidos serviços públicos.

Ademais, é importante apontar que, no modelo proposto pelo Estado pós-moderno se faz necessário um elevado grau de participação da sociedade em todos os níveis do processo de implementação desses ajustes referidos. A participação social na elaboração, tomada de decisão e implementação das políticas

dentre outras.

¹⁰ FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 60.

¹¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Administração Pública Burocrática à Gerencial**. In: **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 237.

públicas é o que possibilitar a necessária *accountability*¹² que vai garantir a concretização da democracia.

2.1 HISTÓRICO SOBRE A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO E O CAMINHO PARA O ESTADO REGULADOR

O Brasil, ao longo de toda sua história após a instalação da República, experimentou diversos modelos de atuação do Estado perante a sociedade.

O intuito dos referidos modelos, cada qual com características peculiares de acordo com a época vivida, era o de tornar a administração pública mais eficiente e adaptada às novas exigências econômicas e sociais que foram surgindo, e visavam, ao fim e ao cabo, promover maior eficiência dos serviços públicos prestados. A seguir, serão melhor detalhados os sobreditos modelos de Estado, com as inovações surgidas e problemas enfrentados por cada um deles.

2.1.1 Modelo de Estado Patrimonial

Inicialmente, é de se dizer que o Brasil teve sua independência proclamada no ano de 1822. E sua primeira Constituição, também conhecida como Constituição do Império, foi outorgada¹³ em 25 de março de 1824. Apenas no ano de 1891 é que foi inaugurado o período republicano no Brasil.

E vale ressaltar que durante o período pós declaração de independência até o início dos anos 1930, o Brasil era um Estado eminentemente patrimonialista. Acerca do Estado Patrimonial podemos nos valer dos ensinamentos de Weber, que aponta que¹⁴:

¹² Para os autores Ana Rita Silva e José Gomes de Pinho “o conceito envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo.” Cf. PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. **Accountability: já podemos traduzi-la para o português?**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, 2009. p. 1364.

¹³ Tendo como conceito de Constituição Outorgada como aquela que foi imposta por um Soberano, sem que houvesse uma assembleia constituinte ou qualquer ingerência da população na sua elaboração, conceito contrário ao de Constituição Dogmática ou Promulgada.

¹⁴ WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Barbosa. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1999. v. 2, p. 264.

o Estado patrimonial é, na área da formação do direito, o representante típico da coexistência de uma vinculação inquebrantável à tradição, por um lado, e, por outro, de uma substituição do domínio de regras racionais pela "justiça de gabinete" do senhor e de seus funcionários. Simplesmente tudo baseia-se expressamente em "considerações pessoais", isto é, na avaliação do solicitante concreto e de seu pedido concreto e em relações, atos de graça, promessas e privilégios puramente pessoais.

A partir dos anos 1930, um novo modelo de funcionamento da administração pública foi ganhando corpo no país. Isto porque, o Estado brasileiro passou a intervir de maneira mais concreta na economia.

E nesta linha, a Carta Magna de 1934 se preocupou em elencar os direitos fundamentais de segunda geração, também conhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais. Tais direitos são assim analisados por Cavalcanti¹⁵:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.

E para concretizar as novas atividades a serem providas pelo Estado, surgiu o modelo de administração burocrática cujo intuito era o de superar o então modelo patrimonialista existente. Vale ressaltar que, no patrimonialismo, os bens e o interesses públicos¹⁶ se confundem com os bens e interesses dos governantes.

2.1.2 O modelo de Estado Burocrático e as mudanças na administração pública nacional

No modelo burocrático, podemos afirmar que a principal mudança de paradigma é justamente a separação dos interesses pessoais do detentor do poder, que como visto é algo muito característico do modelo patrimonialista, do interesse

¹⁵ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1967. p. 202.

¹⁶ Vale desdobrar aqui o conceito de interesse público primário proposto por Alessi, para quem "o interesse público primário é o conjunto dos interesses públicos prevalentes em determinada sociedade. É preciso que a sua atuação vise aos interesses públicos primários, dentro de uma ideia de equidade e de justa aplicação dos recursos públicos em benefício daqueles que pagam os tributos". Cf. ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. t. 1. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1970. p. 183-186. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats.

público, para que com isso as demandas da sociedade tenham seus objetivos plenamente atingidos.

Nesta esteira, o modelo de administração burocrática passou a tratar a coisa pública de maneira hierarquizada, através de competências funcionais especializadas.

Como consequência, o funcionalismo público brasileiro começou a selecionar seus servidores através de concursos públicos, onde eram aferidas competências funcionais, de maneira impessoal, para o exercício do cargo/função pública. Assim, não havia a influência do governante no processo de seleção dos novos servidores.

Do mesmo modo, dentro dos objetivos idealizados no desenho do modelo de administração burocrática também estava a busca pela eficiência da gestão pública. Assim, para além de seleções públicas organizadas, se objetivava a melhoria do padrão de atendimento do funcionalismo público.

Em última análise, a ideia era ter um corpo funcional repleto de servidores com uma maior capacidade de executar as políticas públicas desejadas pela sociedade.

E assim, dentro desse espírito de modernização e busca de eficiência na gestão pública, que eram pilares do modelo de administração burocrática, fora criado, no ano de 1938, o Departamento Administrativo do Serviço Público, conhecido como DASP.

Desta maneira, coube ao DASP o papel de elaborar o orçamento público, estruturar modelos de atuação do serviço público, desenhar e executar políticas referentes a contratação de pessoal através de concursos públicos bem como promover a capacitação técnica do funcionalismo.

Tendo em vista esse papel de líder incontestado¹⁷ da reforma administrativa e, em grande parte, seu executor, o DASP detinha estruturas espalhadas pelos Estados, com o objetivo de dar concretude para as missões que lhes foram atribuídas.

Vale ressaltar que, entre os anos 1930 e 1970, predominou no Brasil um modelo de Estado Desenvolvimentista. Como apontado por Bresser Pereira¹⁸:

¹⁷ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 8, 1974. p. 29.

¹⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Modelos de Estado Desenvolvimentista**. Revista de Economia da Universidade Federal do Paraná, Paraná, v. 40, n. 73, 2019. p. 231-256.

Um Estado é desenvolvimentista quando: (a) considera o crescimento econômico como seu principal objetivo; (b) intervém de forma moderada no mercado, planejando o setor não competitivo da economia e adotando políticas industriais estratégicas; (c) adota uma política macroeconômica ativa, limitando os déficits orçamentários e em conta corrente e assegurando que os cinco preços macroeconômicos atinjam o nível “certo”, em particular a taxa de câmbio; e (d) possui o apoio político de uma coalizão de classes para o desenvolvimento (...) e apoiam uma estratégia nacional de desenvolvimento (...) que, assim, se opõe a uma coalizão liberal-conservadora composta por capitalistas rentistas, financistas e os interesses estrangeiros.

Vale pontuar que durante os anos que vigorou o modelo do Estado Desenvolvimentista, diversas empresas estatais foram criadas. Os objetivos eram os mais diversos possíveis. Foram criadas empresas que visavam suprir o país com bens de produção e bens de capital, incluindo matéria-prima, minérios, combustíveis, eletricidade, veículos, máquinas, motores e siderurgia¹⁹.

Dentre as estatais criadas no período apontado, podemos destacar as seguintes empresas: Companhia Vale do Rio Doce (CVRD); Companhia Hidrelétrica do São Francisco (Chesf); Fábrica Nacional de Motores (FNM); Companhia Siderúrgica Nacional (CSN); Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); e Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras).

2.1.3 A superação do modelo burocrático e o caminho para o modelo de administração gerencial

No entanto, no final da década de 1960 e início da década de 1970, o modelo de administração burocrático passou a ser questionado. Um dos diagnósticos realizados na época era o de que o modelo burocrático tinha como forte característica a centralidade na figura do funcionário/servidor público e, desta maneira, as respostas dadas pelo Estado aos cidadãos eram classificadas como lentas e como não aderentes aos anseios sociais²⁰. Não à toa, fora editado o Decreto-Lei nº 200/ de 1967²¹.

¹⁹ GIMENEZ, Denis Maracci; SABBATINI, Rodrigo. **Industrialização nacional e o protagonismo do Estado em dois tempos**. Texto para Discussão. Unicamp. IE, Campinas, n. 373, fev. 2020.

²⁰ KLERING, Luis Roque; PORSE, Melody de Campos Soares; GUADAGNIN, Luis Alberto. **Novos caminhos da administração pública brasileira**. Análise, Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 4-17, jan./jun. 2010

²¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da

Referido diploma teve como objetivo central racionalizar a estrutura administrativa do governo. Foram estabelecidos princípios gerais da administração pública bem como foram definidas diretrizes para a organização dos órgãos da administração direta e indireta federal.

O Decreto-Lei nº 200/ de 1967 definiu o planejamento como princípio geral essencial da administração pública. O objetivo era o de coordenar e orientar a formulação dos planos e programas governamentais, buscando um desenvolvimento mais ordenado e sustentável.

Também fora elencado como princípio geral a descentralização administrativa, que tinha como alvo a transferência de competências e responsabilidades para os órgãos locais e regionais, com o fito de promover uma maior eficiência e agilidade na prestação de serviços públicos.

O Decreto também inseriu no ordenamento jurídico as Autarquias. O Inciso I do artigo 5º conceituou Autarquia como o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Em última análise, referida legislação reafirmou a importância do serviço público como instrumento para a promoção do bem-estar social. Era uma tentativa de superação da rigidez burocrática então vigente, sendo considerada por parte da doutrina como uma primeira aproximação do que viria a ser qualificado posteriormente como modelo de administração gerencial no Brasil²².

Vale dizer que, a superação do modelo de administração burocrática foi sendo paulatinamente construída, sendo intentado um modelo de administração que primasse mais por resultados, tendo como direcionadores uma maior eficiência na prestação do serviço bem como o atendimento desse objetivo num menor custo possível.

E nessa toada, um novo modelo de administração pública passou a ser desejado. As inspirações para esse novo modelo tiveram fortes influências

Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em 15 mar. 2023.

²² QUEIROZ LEITE, Leonardo. **Administração pública no Brasil: as reformas administrativas do DASP e do Decreto-Lei nº200 em perspectiva comparada**. Revista Brasileira de História & Ciências Sociais, [S. l.], v. 13, n. 27, p. 221–248, 2022.

internacionais, mais precisamente de países europeus, como a Alemanha e a Inglaterra, e como de costume, dos Estados Unidos.

Esses países, no decorrer dos anos 1970 e 1980, passaram a adotar, na gestão pública, práticas condizentes com ideais liberais. Neste período, teve forte influência os ensinamentos de Friedrich Hayek, que apontava caminhos onde a concorrência privada possuía o condão de trazer mais eficiência econômica para a sociedade, devendo o Estado se preocupar mais em garantir a aplicação das regras legais, não cabendo mais ao Estado o exercício do papel de ator empreendedor de uma nação. Nas palavras de Hayek²³:

A doutrina liberal é a favor do emprego mais efetivo das forças da concorrência como um meio de coordenar os esforços humanos, e não de deixar as coisas como estão. Baseia-se na convicção de que, onde exista a concorrência efetiva, ela sempre se revelará a melhor maneira de orientar os esforços individuais. Essa doutrina não nega, mas até enfatiza que, para a concorrência funcionar de forma benéfica, será necessária a criação de uma estrutura legal cuidadosamente elaborada, e que nem as normas legais existentes, nem as do passado, estão isentas de graves falhas.

Vale dizer que, esses ideais serviram de base e passaram a ser os vetores utilizados pelos países acima citados na tentativa de trazer maior uma eficácia e um menor custo ao serviço público. Assim, a Nova Gestão Pública ou *New Public Management*, também conhecido como modelo de administração pública gerencial, passou a ser efetivamente posto em prática.

Esse modelo se baseia em algumas premissas chaves²⁴, dentre as quais a orientação para resultados. Podemos dizer que há ênfase na definição de metas e resultados mensuráveis, fazendo com que órgãos governamentais busquem alcançar resultados efetivos e tangíveis para atender às necessidades dos cidadãos.

Do mesmo modo, há uma orientação para uma efetiva descentralização bem como para uma maior autonomia no processo de tomada de decisões dos gestores públicos. Isso significa conferir mais liberdade aos gestores para tomar decisões relacionadas aos recursos, processos e estratégias, visando à eficiência e eficácia.

²³ HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 62.

²⁴ KAPUCU, Naim. **New Public Management: Theory, Ideology, and Practice**. In: FARAZMAND, Ali; PINKOWSKI, Jack (ed.). *Handbook of Globalization, Governance, and Public Administration*. 1. ed. Reino Unido: Routledge, 2006. p. 885-896.

Ademais, há uma premissa de que deve existir foco no cliente ou cidadão. Em outras palavras, a administração pública gerencial busca colocar o cidadão como foco central das ações governamentais, objetivando atender às suas necessidades e demandas de forma mais eficiente e satisfatória.

Como dito acima, o modelo de administração gerencial traz consigo a utilização de incentivos e métricas de desempenho para avaliar a atuação dos servidores públicos, agências e programas governamentais.

De se dizer que essa ênfase na eficiência e produtividade visa otimizar o uso dos recursos públicos, reduzir custos e aumentar a produtividade na entrega de serviços e na realização de políticas públicas.

Essas medidas têm o objetivo de estimular tanto a excelência na execução dos serviços como a prestação de contas aos cidadãos. Nesta linha, o conceito de *accountability* se torna fundamental. Conforme ensinam Pinho e Sacramento¹², a *accountability* pode ser entendida no seguinte sentido:

o significado do conceito envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo.

De se dizer ainda que a administração pública gerencial também tem a intenção de fortalecer parcerias com o setor privado e organizações da sociedade civil. O intuito desse modelo é o de promover a colaboração e parcerias com atores do setor privado e organizações da sociedade civil, visando à busca de soluções conjuntas e aproveitando conhecimentos e recursos externos.

Como pode se perceber, foi inaugurada uma nova fase de atuação estatal onde foi dada uma maior importância ao ajuste fiscal das contas públicas bem como para a regulação de serviços públicos.

2.1.4 O Estado Regulador

Como visto, o modelo de administração pública gerencial passou a focar numa forma de atuação pela qual se priorizou/induziu o estabelecimento de parcerias entre atores públicos e privados. Do mesmo modo, passou a se exigir dos atores estatais uma melhor gestão sobre as contas públicas em conjunto com o

fortalecimento do papel do Estado como regulador dos serviços públicos a serem prestados.

Como decorrência dessa nova fase, diversos países da América do Sul, dentre eles o Brasil, passaram a adotar os receituários acima descritos no final da década de 1980 e início dos anos 1990.

Como consequência da adoção de tais medidas, ocorreu uma abertura no mercado dos serviços públicos, possibilitando a competição de agentes privados para a prestação de tais serviços.

Em razão disso, se tornou de suma importância a constituição de agências reguladoras que tratassem dos mais diversos temas atinentes aos serviços públicos, conforme será visto mais à frente.

Vale dizer que, um dos atos que materializam a inserção do modelo de administração gerencial no Brasil é a Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990, instituidora do Programa Nacional de Desestatização (PND).

Referido programa tinha como intuito²⁵ trazer modernização ao Estado, apontando o receituário de redução da dívida pública e estímulo às atividades desenvolvidas pela iniciativa privada.

Com isso, durante os primeiros anos do governo de Fernando Collor de Melo, uma marcante reforma administrativa teve início com enfoque no enfraquecimento da participação do Estado na sociedade em conjunto com a extinção de vários cargos na administração pública federal e de desestatização de algumas empresas estatais.

Vale apontar que entre os anos de 1990 e 1994, um número significativo de empresas estatais foram desestatizadas. Ademais, outros ativos públicos foram leiloados pelo então governo federal, com o objetivo de reduzir a participação do

²⁵ Eis a dicção da Lei 8.031/90: Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa. Cf. BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8031.htm. Acesso em: 08 dez./2014.

Estado na economia, tudo conforme fora proposto no âmbito do decreto nº 1.068 de 02 de março de 1994²⁶.

Nessa linha de debates acerca da reformulação do papel do Estado diante dos novos contextos de globalização e de crises econômicas então existentes, e ante as questões já mencionadas de ajuste fiscal, redução do papel do Estado na economia, privatização e abertura comercial, fora realizada, no ano de 1995, uma outra reforma significativa no âmbito do Estado brasileiro. Estamos falando aqui do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE)²⁷.

O PDRAE propunha uma reforma da máquina pública com o objetivo de adequar as estruturas e os modos de atuação da administração pública a um novo modelo de desenvolvimento.

Para atingir tal objetivo, o plano estabeleceu os princípios básicos da nova administração pública, alinhados com o conceito de nova gestão pública. Entre as principais mudanças propostas estão a flexibilização do regime de estabilidade dos servidores públicos, a criação de agências executivas e reguladoras com maior autonomia e a adoção de contratos de gestão e indicadores de desempenho.

Nesta linha, também estavam contidas propostas de mudanças que contemplavam a publicização dos serviços nas áreas de educação, saúde, cultura e pesquisa científica, a implementação de atividades exclusivas de Estado através de agências executivas e reguladoras, e o fortalecimento do núcleo estratégico do Estado.

Neste modelo, o Estado deveria ser fortalecido, mas na sua função reguladora, e não mais como responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social.

É de se adicionar ainda que a reforma gerencial do Estado de 1995 trouxe consigo uma mudança de paradigma na forma como a administração pública brasileira era concebida.

²⁶ BRASIL. **Decreto nº 1.068, de 2 de março de 1994**. Dispõe sobre a inclusão no Programa Nacional de Desestatização (PND) das participações societárias minoritárias, detidas pelas entidades da Administração Federal que menciona e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1068.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

²⁷ BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2023.

Em vez de focar apenas na burocracia estatal, a reforma propôs uma visão mais ampla, distinguindo as atividades exclusivas do Estado daquelas que poderiam ser executadas por organizações públicas não-estatais.

Podemos dizer que a reforma gerencial do Estado de 1995 pode ser considerada uma reforma social-democrática, que busca conciliar a eficiência e a qualidade na prestação de serviços públicos com a garantia de direitos sociais. Além disso, a reforma também possui elementos sociais-liberais, que valorizam a participação da sociedade civil e a busca por parcerias com o setor privado²⁸.

Bresser-Pereira²⁹ realiza o seguinte balanço sobre a reforma:

O projeto de reforma gerencial e o debate nacional que se estabeleceu em torno dele — ou da “reforma administrativa” — tiveram como objetivo a superação não apenas da forma patrimonialista de administrar o Estado brasileiro — forma que sobrevive ainda hoje, embora esteja há muito morta como valor —, mas principalmente criticar e oferecer uma alternativa gerencial à administração pública burocrática, que permanecia dominante no Brasil, apesar de sua comprovada inadaptação às características do Estado moderno. No final de quatro anos estavam estabelecidos os princípios orientadores e as principais instituições que possibilitarão a implantação da reforma gerencial na administração pública brasileira. Abria-se, assim, a perspectiva de o Estado utilizar com mais eficiência os recursos tributários de que dispõe, além de, reconstruído no plano fiscal e institucional, dispor de maior capacidade de garantir a segurança e de promover o desenvolvimento e a justiça social.

A sobredita reforma gerencial do Estado de 1995 é considerada por diversos autores, dentre eles o próprio Bresser-Pereira, como um projeto bem-sucedido.

Isto porque, através da distinção entre as atividades exclusivas do Estado e as atividades sociais e científicas, da autonomia das agências executivas e reguladoras e do debate nacional, foi possível promover uma mudança significativa na administração pública brasileira.

Através da reforma, as bases sólidas foram lançadas para uma administração pública mais eficiente, democrática e orientada para resultados. Mas para isso, como já fora dito antes, o modelo de atuação do Estado restou modificado. Outrossim, com a ampliação da possibilidade da prestação de serviços públicos pela

²⁸ CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa. **O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) à Luz da Literatura Brasileira**. In: CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; SILVA, Mauro Santos. **Reformas do Estado no Brasil trajetórias, inovações e desafios**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA, 2020.

²⁹ BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **A reforma gerencial do Estado de 1995**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 7-26, 2000.

iniciativa privada, o Estado precisou focar no seu papel de Regulador de tais atividades.

Diante do cenário posto, com a premente necessidade de aperfeiçoamento e fortalecimento do papel de regulador e fiscalizador do Estado, e visando uma atuação eficiente por parte do setor privado na prestação dos serviços públicos, considerando ainda o intuito de se evitar intervenções políticas nos direcionadores econômicos, fora priorizado um grande processo de privatizações de empresas estatais e, de maneira concomitante, houve a criação de diversas agências reguladoras dos referidos serviços.

Acerca das agências reguladoras, importa afirmar que tais figuras jurídicas, no âmbito do ordenamento jurídico nacional, remontam ao início do século XX. Isto porque, podemos identificar entidades da administração pública que, nos idos dos anos 1900, eram detentoras de competências regulatórias e fiscalizatórias³⁰.

Nesta linha, podemos apontar algumas entidades que detinham tais competências, como por exemplo o Comissariado de Alimentação Pública³¹, o Instituto de Defesa Permanente do Café³², o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA)³³ e os Institutos Nacional do Mate³⁴ e Nacional do Sal³⁵.

No entanto, diante do citado contexto de abertura econômica e privatizações, e com a necessidade de regular setores estratégicos, como energia,

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 540-541.

³¹ ARQUIVO NACIONAL (Brasil). **Comissariado da alimentação pública**. Rio de Janeiro, mar. 2020. Website. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/969-comissariado-da-alimentacao-publica>. Acesso em: 12 jul. 2023.

³² BRASIL. **Decreto nº 4.548, de 19 de junho de 1922**, autoriza o governo a promover o incremento e a defesa da produção nacional, agrícola e pastoril e das indústrias anexas por meio de medidas de emergência e criação de institutos permanentes. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, n. 8, p. 12499, 24 jun. 1922. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4548-19-junho-1922-568457-republica-cao-91801-pl.html>. Acesso em: 12 jul. 2023.

³³ INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ALCOOL. In: ARQUIVO NACIONAL (Brasil). DIBRARQ: Diretório Brasil de Arquivos. Rio de Janeiro, RJ: Arquivo Nacional, [20--]. Disponível em: <https://dibrarq.arquivonacional.gov.br/index.php/instituto-do-acucar-e-do-alcool-1933-1990>. Acesso em 12 jul. 2023.

³⁴ INSTITUTO NACIONAL DO MATE (Brasil). In: ARQUIVO NACIONAL (Brasil). DIBRARQ: Diretório Brasil de Arquivos. Rio de Janeiro, RJ: Arquivo Nacional, [20--]. Disponível em: <https://dibrarq.arquivonacional.gov.br/index.php/instituto-nacional-do-mate-brasil-1938-1967>. Acesso em: 12 jul. 2023.

³⁵ INSTITUTO NACIONAL DO SAL (Brasil). In: ARQUIVO NACIONAL (Brasil). DIBRARQ: Diretório Brasil de Arquivos. Rio de Janeiro, RJ: Arquivo Nacional, [20--]. Disponível em: <https://dibrarq.arquivonacional.gov.br/index.php/instituto-nacional-do-sal-brasil-1940-1957>. Acesso em 12 jul. 2023.

telecomunicações e petróleo, um novo modelo e forma de atuação das agências reguladoras foram iniciados no país.

É imperioso dizer que as agências reguladoras desempenham um papel essencial na sociedade moderna. Surgidas da necessidade de regulação de setores estratégicos, elas se tornaram instituições independentes responsáveis por fiscalizar e controlar atividades econômicas e sociais.

O trabalho realizado por essas agências é fundamental para o desenvolvimento econômico e social, para a melhoria da qualidade de vida da população e para o funcionamento eficiente dos setores regulados. Portanto, é imprescindível que elas atuem de forma transparente, eficiente e independente, cumprindo seu papel de forma justa e equilibrada.

Sua importância está na proteção dos interesses dos cidadãos, na promoção da concorrência e de um mercado justo, no estímulo ao investimento e desenvolvimento setorial, na garantia da qualidade dos serviços prestados e na regulação técnica e ambiental.

Importa dizer que a autonomia é um dos fatores primordiais para que o papel das agências seja cumprido com êxito. Por meio da autonomia é que as agências garantem a independência na sua gestão e administração, garantindo assim a produção de normas técnicas, a fiscalização livre das atividades reguladas bem como a não subordinação a outros órgãos e interesses políticos.

Por fim, de se destacar que as agências são reguladas pela Lei nº 13848/2019, que estabelece quais entidades são consideradas agências reguladoras no país³⁶. No decorrer desta tese serão exploradas outras características dessas importantes instituições jurídicas nacionais.

³⁶ Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000: I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM). Cf. BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm?origin=instituicao. Acesso em: 12 jul. 2023.

2.2 CONCEITO DE REGULAÇÃO E SUAS TEORIAS

Tendo em vista que durante o desenvolvimento desta tese se utilizará com certa frequência a palavra *regulação*, se faz importante detalhar os conceitos que são atinentes ao tema bem como as teorias que se relacionam com suas origens.

De início, importa dizer que a *regulação* é um termo utilizado em diversos campos do conhecimento, como ciências da vida, direito, economia, sociologia e ciência política. Essa ampla aplicação reflete a variedade de significados, abordagens e objetivos relacionados ao conceito de *regulação*, que podem variar entre as disciplinas e contextos.

Vale acrescentar que a palavra *regulação* é uma expressão que fora desenvolvida e idealizada em países cuja língua matriz era inglesa. Nesses países se utiliza o termo *regulation* para, de forma ampla, dispor acerca de atributos afetos a atividades desempenhadas pelos poderes públicos no tocante a organização social, e de maneira estrita, na elaboração de regimes jurídicos afetos a uma atividade econômica.

Por outro lado, temos a expressão *regulator* para identificar o sujeito que promove a *regulation*, papel que cabe em larga medida ao próprio Estado. Consoante ensina Aragão³⁷:

'Regulation' se traduz usualmente por 'regulamentação', 'regulamento', 'regulação', e 'regra'. Há, portanto, uma assimilação de *'regulation'* a 'regulação normativa', ou seja, a produção de normas jurídicas de caráter regulamentar. [...] No sistema norte-americano o termo *'regulation'* tem duas acepções distintas, uma mais restrita do que a outra. Em sentido amplo, *'regulation'* equivale a todas as atividades dos poderes públicos de organização e configuração da realidade social. Em sentido estrito, todavia, *'regulation'* consiste na determinação do regime jurídico de uma atividade econômica. [...] O poder mais importante do Estado é o da coerção. *'Regulation'* é o uso desse poder que tem por finalidade limitar as decisões dos agentes econômicos.

É de se aduzir que semanticamente, no nosso vernáculo, a tradução mais adequada para *regulation* seria a regulamentação e para *regulator* seria regulamentador.

³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 29.

No entanto, como visto, o conceito trazido pela expressão *regulation* é mais amplo do que apenas uma regulamentação, que tem um sentido específico no nosso ordenamento jurídico, qual seja, o de complementar leis para possibilitar sua efetiva aplicação. Como bem ensina Moreira Neto³⁸:

[...] sob o aspecto material, a regulamentação é uma função política, no exercício de uma prerrogativa do poder político de impor regras secundárias, em complementação às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e de dar-lhes execução, sem que possa definir quaisquer interesses públicos específicos nem, tampouco, criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos. De resto, sob o aspecto formal, é uma atribuição de escritíssima previsão constitucional, por isso mesmo, geralmente cometida a chefes de estado ou de governo

No entanto, o principal foco a ser tratado ao longo desta tese será a relação da regulação, levando em consideração o conceito transferido pela *regulation*, com o direito e a economia e a política pública.

E tendo em vista as temáticas acima destacadas, podemos dizer que a regulação se define como uma ação do Estado, como regra geral, cujo objetivo é o estabelecimento e a implementação de um conjunto de regras específicas, necessárias ao funcionamento equilibrado de um determinado setor, em função do interesse público.

Neste sentido, Aragão³⁹ conceitua a regulação estatal na economia como sendo:

Um conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

Especificamente no campo do direito, podemos afirmar que a regulação diz respeito à criação e aplicação de normas e regras que visam controlar e direcionar o comportamento de indivíduos e organizações.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: A Alternativa Participativa e Flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 132.

³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O conceito jurídico de regulação da economia**. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, p. 59–74, 2007.

Acrescente-se ainda que a regulação jurídica pode ser econômica, social ou ambiental, e está relacionada à proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, bem como à promoção da justiça e da equidade.

Por outro lado, também é possível se atribuir um conceito econômico para a regulação. Neste sentido, a regulação econômica refere-se ao conjunto de medidas adotadas pelo governo para controlar e orientar a atividade econômica, com o objetivo de corrigir falhas de mercado e promover a eficiência, a equidade e a sustentabilidade.

A Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE)⁴⁰ afirma que as regulações econômicas:

interferem diretamente nas decisões de mercado como preço, concorrência, entrada ou saída do mercado. A reforma tem como objetivo aumentar a eficiência econômica através de redução de barreiras para concorrência e inovação, frequentemente por meio da desregulação, e uso da regulação de promoção à eficiência, e do aprimoramento das estruturas regulatórias, para funcionamento de mercado e supervisão prudente.

Importante dizer que a teoria econômica da regulação teve suas origens no início da década de 1970, com o trabalho de George Stigler⁴¹, que buscou aplicar a teoria econômica ao comportamento político. A referida obra mudou a maneira como os economistas analisam a regulação governamental e influenciou pesquisadores de diversas disciplinas.

Podemos destacar que o trabalho de Stigler foi pioneiro tanto na abordagem teórica quanto na análise empírica das relações entre empresas e governo. Suas contribuições continuam relevantes para compreender as motivações e influências dos reguladores governamentais, diferenciando claramente a análise positiva da regulação da tarefa normativa de justificá-la.

Também é importante referenciar o trabalho produzido por Posner⁴², que buscou explicar as razões pelas quais os governos optam por intervir nos mercados, pontuando questões acerca da captura regulatória.

⁴⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis Report**. Paris: OECD Publishing, 1997. Disponível em <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2023.

⁴¹ STIGLER, George Joseph. **The Theory of Economic Regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, New York, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

⁴² POSNER, Richard Allen. **Theories of Economic Regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, New York, v. 5, n. 2, p. 335-58, 1974.

Assim, temos que a regulação é de fundamental importância para que haja uma análise da relação entre o Estado, a sociedade e o mercado, bem como as formas de intervenção e controle social. Nesse contexto, a regulação pode ser entendida como um processo de criação, implementação e monitoramento de políticas públicas, que visam garantir o bem-estar social, a participação democrática e a justiça distributiva.

Vale dizer que algumas teorias são utilizadas para justificar a necessidade da regulação. São elas as teorias do Interesse Público, a dos Grupos de Interesse e a da Escolha Pública. A seguir detalharemos cada uma das referidas teorias.

Inicialmente trataremos da Teoria do Interesse Público. Referida teoria é baseada no pressuposto de que o Estado deve intervir, através de atuação direta ou por meio da regulação, sempre que forem identificadas falhas de mercado.

Desta maneira, a regulação é instituída com o propósito de defender o interesse público contra perdas de bem-estar associadas às falhas de mercado. Um outro pressuposto da mencionada teoria é o de que os legisladores e reguladores estatais são maximizadores do bem-estar social, e sempre buscam corrigir os problemas gerados por falhas de mercado, cabendo à regulação econômica melhorar o funcionamento do mercado.

Ainda sobre tal teoria, é importante destacar como, de uma maneira geral, as falhas de mercado ocorrem⁴³. Nas situações em que o mercado por si só não consegue estabelecer o preço e a quantidade para gerar eficiência, surgem falhas de mercado. Assim, o governo atua através de regulamentação, visando garantir a alocação eficiente.

Entre as falhas de mercado, destacam-se: o monopólio natural, as externalidades positivas e os bens públicos.

De se dizer que nos modelos onde existe a livre concorrência entre os fornecedores de produtos ou serviços, é esperado que haja um maior nível de bem-estar para a população. Entretanto, nem sempre tal assertiva é verdadeira, como nos casos dos monopólios naturais.

O monopólio natural se dá quando é mais eficaz prestar determinado serviço através de um único fornecedor, e não pela competição múltiplos atores. Isso ocorre

⁴³ MEIRELLES, Dimária Silva e. **Teorias de mercado e regulação: por que os mercados e o governo falham?**. Cadernos EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 644-660, 2010.

em serviços onde sua prestação demanda altos investimentos em infraestrutura, como ocorre no setor de saneamento⁴⁴.

Dito de outro modo, o monopólio natural é uma estrutura de mercado que ocorre quando uma única empresa pode atender à demanda total de um mercado de forma mais eficiente do que várias empresas competindo entre si. Isso geralmente acontece em indústrias caracterizadas por altos custos fixos, economias de escala significativas e demanda limitada.

Exemplos clássicos incluem serviços públicos como fornecimento de água, eletricidade, gás natural e, como dito acima, o saneamento básico onde a duplicação de infraestrutura por múltiplas empresas seria economicamente ineficiente.

Nesta esteira, importa destacar também a temática dos custos afundados, que por sua vez, são despesas já incorridas que não podem ser recuperadas, independentemente das decisões futuras.

No contexto de monopólios naturais, estes custos são frequentemente associados a investimentos massivos em infraestrutura, equipamentos especializados e redes de distribuição. Estes investimentos são necessários para estabelecer e operar o negócio, mas uma vez realizados, não podem ser facilmente convertidos para outros usos ou recuperados se a empresa decidir sair do mercado.

A relação entre monopólios naturais e custos afundados é intrincada e mutuamente reforçadora. Os altos custos afundados necessários para entrar em um mercado de monopólio natural criam uma barreira significativa à entrada de novos concorrentes.

Isso ocorre porque potenciais entrantes precisariam fazer investimentos substanciais semelhantes para competir efetivamente, enfrentando o risco de não recuperar esses custos se não conseguirem capturar uma parcela significativa do mercado. Consequentemente, os custos afundados contribuem para a manutenção da estrutura de monopólio natural.

Do ponto de vista regulatório, a presença de altos custos afundados em monopólios naturais apresenta desafios únicos. Os reguladores devem equilibrar a

⁴⁴ TUROLLA, Frederico Araújo e OHIRA, Thelma Harumi. **A Economia do Saneamento Básico**. In: CICLO DE DEBATES DO GRUPO DE ESTUDOS EM ECONOMIA INDUSTRIAL, TECNOLOGIA E TRABALHO, 3., 2005, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005. Disponível em: https://www5.pucsp.br/eitt/noticias/ciclo_debate_eco_iii.html. Acesso em: 15 jul. 2023.

necessidade de incentivar investimentos contínuos em infraestrutura e manutenção com a proteção dos consumidores contra preços excessivos.

Isso frequentemente leva à implementação de esquemas de regulação de preços, como a regulação por taxa de retorno ou *price-cap*, que visam garantir um retorno justo sobre os investimentos da empresa monopolista enquanto mantêm os preços em níveis razoáveis para os consumidores⁴⁵.

Em última análise, a compreensão da relação entre monopólios naturais e custos afundados é crucial para o desenvolvimento de políticas regulatórias eficazes. Reconhecer o papel dos custos afundados ajuda a explicar por que certas indústrias tendem naturalmente ao monopólio e por que a intervenção regulatória é muitas vezes necessária para garantir resultados eficientes e equitativos.

Ao mesmo tempo, essa compreensão destaca a importância de abordagens regulatórias cuidadosamente calibradas que incentivem investimentos necessários enquanto protegem o interesse público.

Em suma, o monopólio natural se refere à situação em que uma única empresa consegue produzir um bem ou serviço de forma mais eficiente do que várias empresas competindo entre si. Nesses casos, a regulação é necessária para evitar abusos de poder econômico e garantir um equilíbrio no mercado.

Acerca das externalidades, podemos dizer que estamos perante uma situação quando a ação de um agente econômico afeta significativamente o bem-estar de outro agente e esse efeito e/ou preço não é transmitido entre as partes envolvidas.

As externalidades possuem efeitos positivos ou negativos. As externalidades positivas geram um benefício externo que é uma melhoria adicional para todos os agentes econômicos envolvida numa determinada cadeia de acontecimentos. As externalidades negativas ocorrem quando as ações de algum indivíduo ou empresa impõem custos a outro indivíduo ou empresa. Nestes casos, a regulação é necessária para remediar essas externalidades e garantir que os custos sejam devidamente considerados pelos agentes econômicos.

Do mesmo modo, conforme foi dito um pouco acima, quando existe um fornecimento insuficiente de bens públicos para a população também estamos

⁴⁵ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin e LODGE, Martin. **Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice**. Oxford University Press. Second Edition. New York. 2012. Pág 476.

diante de uma falha de mercado que, em tese, justifica a intervenção do Estado na economia.

Os bens públicos⁴⁶ têm a característica da não-rivalidade que faz com que o uso de um bem público por um indivíduo não reduza sua disponibilidade aos demais, ou seja, não há custo adicional em fornecer referido bem para um novo usuário.

Também é de se mencionar que os bens públicos são bens não-exclusivos. Isso quer dizer que ninguém pode ser impedido de utilizar tais bens, ou seja, se os bens estão disponíveis para um indivíduo, eles precisam estar disponíveis para qualquer outro indivíduo.

Em razão das características de não-exclusividade e não-rivalidade, o que dificulta a atração de investimentos privados, os bens públicos tendem a ser subproduzidos pelo mercado. Em razão disso, há intervenção do Estado através de, por exemplo, órgãos de defesa da concorrência, regulação ambiental e provisão de serviços públicos para minimizar possíveis ineficiências.

Assim, para os adeptos da Teoria do Interesse Público, a existência destas falhas de mercado acima citadas, são justificativas suficientes para que haja a necessidade de regulação por parte do Estado, a fim de que sejam reduzidas possíveis ineficiências geradas pelos livres mercados.

Uma outra teoria que justifica a ação de regulação por parte do Estado é a Teoria dos Grupos de Interesse. Referida corrente teórica admite que a função regulatória gera vencedores e derrotados e que a regulação existe para a satisfação dos interesses de certos grupos sociais.

A regulação não é vista como uma resposta aos fracassos do mercado, mas sim como uma medida que é objetivada e constituída em função dos interesses daqueles que sofrem os efeitos distributivos e políticos das variantes possíveis, como por exemplo o controle da concorrência, atribuição de subsídios governamentais e condições de acesso a um determinado mercado.

Como apontado por Stigler⁴⁷, no lugar de refletir o interesse público, a regulação, levando em consideração a teoria dos grupos de interesse, seria o resultado das decisões que terminam por conceder benefícios concentrados a

⁴⁶ SAMUELSON, Paul A. **The pure theory of public expenditure**. The Review of Economics and Statistics, New York, v. 36, n. 4, p. 387, 1954.

⁴⁷ STIGLER, George Joseph. **Teoria da Regulação Econômica**. In: MATTOS, Paulo (org.). **Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 13-49.

determinados grupos e a distribuir os custos dos benefícios concedidos de maneira difusa. Isto porque, grupos difusos tendem a ser menos organizados e com isso geram menos resistências do que grupos com interesses determinados e coesos.

Por último, também podemos mencionar a teoria da escolha pública. A teoria da escolha pública é uma abordagem que busca entender como as decisões são tomadas em contextos políticos e econômicos. Ela se baseia na ideia de que os atores envolvidos nessas decisões são movidos por incentivos próprios e buscam maximizar seus interesses individuais⁴⁸.

A escolha pública se insere no campo de estudos conhecido como teoria econômica da tomada de decisões políticas (*economic theory of political decision-making*), economia política moderna (*modern political economy*), nova economia política (*new political economy*), economia política (*political economics*) ou, simplesmente, economia da política (*the economics of politics*)⁴⁹.

Esses termos são equiparados à escolha pública como o ramo da ciência social preocupado com as causas do comportamento governamental, em contraste com outras abordagens, como a teoria dos bens públicos e a macroeconomia pós-Segunda Guerra Mundial, que se concentram no estudo dos efeitos do comportamento do governo⁴⁹.

A escolha pública situa-se na interface entre economia e política, buscando compreender e prever o comportamento dos mercados políticos através do uso de técnicas analíticas econômicas, especialmente o postulado da escolha racional, ao modelar o comportamento de tomada de decisão não mercadológico⁴⁹.

Como vimos anteriormente, a literatura normativa identifica as falhas de mercado que justificam a intervenção do Estado. Os casos clássicos incluem concorrência imperfeita, externalidades e provisão de bens públicos.

A concorrência imperfeita, resultante de barreiras à entrada, monopólios naturais ou práticas anticompetitivas, afasta o preço de mercado do custo marginal. Externalidades geram custos sociais superiores aos custos privados⁵⁰.

⁴⁸ SALGADO, Lucia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. Brasília, DF: IPEA, 2003. 52 p. (Texto para discussão, n. 941).

⁴⁹ NAGIB, Silvia Kicis Pereira. **Regulação: teorias, instituições e desenhos**. 2013. 48 f., il. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/14361/1/2013_SilviaKicisPereiraNagib.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

Bens públicos seriam subproduzidos pelo mercado devido às suas características de não-exclusividade e não-rivalidade no consumo. O governo minimizaria essas ineficiências por meio de órgãos de defesa da concorrência, regulação ambiental e provisão de serviços públicos.

As razões para a regulação e a atuação governamental são, assim, naturalmente respondidas pela sua própria base normativa⁵⁰.

A combinação da premissa sobre a existência de falhas de mercado e da suposição de que não há custos para corrigi-las leva à conclusão de que a intervenção governamental na economia é uma resposta à demanda dos indivíduos por correção das ineficiências “palpáveis e remediáveis” do mercado⁵⁰.

No entanto, o processo regulatório envolve vários custos diretos, como a implementação e monitoramento de políticas, e indiretos, decorrentes das ineficiências das políticas regulatórias.

E para tanto, a teoria da escolha pública desempenha um papel significativo. Ela se baseia em três fundamentos principais. O primeiro é a suposição de que os indivíduos são racionais e buscam maximizar sua utilidade pessoal. Isso significa que eles pesam os custos e benefícios de suas ações antes de tomar uma decisão.

O segundo fundamento é a ideia de que os indivíduos têm preferências bem definidas e estáveis. Essas preferências podem ser econômicas, políticas ou sociais. O terceiro fundamento é a suposição de que o governo é composto por atores que também são racionais e buscam maximizar seus próprios interesses.

Esses fundamentos são essenciais para entender a dinâmica da tomada de decisões em contextos políticos e econômicos. Eles permitem analisar como os incentivos individuais dos atores envolvidos moldam as políticas públicas e como essas políticas podem ser influenciadas por grupos de interesse.

Isto porque, a teoria da escolha pública ajuda a demonstrar que os reguladores podem agir em benefício dos referidos grupos de interesse, em vez de agir no interesse público. Isso cria distorções no mercado e pode levar a ineficiências econômicas⁵¹.

⁵⁰ POSNER, Richard. **Theories of Economic Regulation**. Bell Journal of Economics, New York, v. 5, n. 2, 1974. p. 336. Disponível em: https://econpapers.repec.org/article/rjebellje/v_3a5_3ay_3a1974_3ai_3aautumn_3ap_3a335-358.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

⁵¹ ARANHA, Márcio Lório. **Teoria jurídica da regulação: entre escolha pública e captura**. Direito Público, [S. l.], v. 16, 2019. p. 11-37.

Vale ressaltar que, enquanto fenômeno interdisciplinar, a regulação é um campo desafiador para a aplicação de teorias jurídicas, que geralmente são pouco adaptadas aos estudos de comportamento regulatório.

No intuito de facilitar tal adaptação, é que se faz importante desvendar a motivação das decisões políticas e burocráticas – por meio da escolha pública – e relacioná-la com o método jurídico, possibilitando um diálogo entre uma teoria jurídica da regulação e as análises econômicas⁴⁹.

A teoria da escolha pública tem o duplo benefício de ser uma teoria influente nas decisões políticas e burocráticas e de abrir espaço para uma abordagem interdisciplinar da motivação para a escolha coletiva, tornando-se uma forte candidata à fundamentação de um sistema jurídico.

Como mencionado anteriormente, as teorias do interesse público remetem à noção de bem-estar social, objetivo principal da atividade regulatória do Estado. Bem-estar social é entendido como a concretização dos benefícios sociais para a coletividade, ou seja, a provisão de benefícios úteis e necessários para os indivíduos considerados coletivamente⁵².

Assim, o intervencionismo regulatório estatal baseia-se na necessidade de corrigir falhas de mercado, garantindo à sociedade a máxima provisão de benefícios que gerem bem-estar. O conceito de bem-estar social abrange temas como taxas de emprego, níveis de saúde, distribuição de renda, seguridade social, índices de educação e desenvolvimento humano⁵².

É importante distinguir entre bem-estar social e economia do bem-estar, que, embora conceitos complementares, não são idênticos. O bem-estar social é, teoricamente, o fundamento da atuação estatal em mercados, políticas e outros campos da sociedade.

Já a economia do bem-estar é o modelo econômico que busca concretizar esse objetivo, focando na alocação eficiente de recursos e distribuição de renda.

Portanto, o primeiro é o fundamento e objetivo, enquanto o segundo é o instrumento para alcançá-lo. Embora não seja o foco deste ensaio, é necessário abordar brevemente a noção e os teoremas fundamentais da economia do bem-estar, que indicam a necessidade e o modelo da atuação regulatória estatal⁵².

⁵² NASCIMENTO, Carlo Bruno Lopes do. **Dificuldades de regulação econômica: uma leitura das teorias da regulação**. Revista Jurídica Luso Brasileira, 2015, Ano 1, nº 4, p. 191-238. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_0191_0238.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

A economia do bem-estar interessa-se pela forma como a interação entre as escolhas de diversos agentes econômicos – consumidores, empresas e Estado – afeta o bem-estar da coletividade.

Trata-se de uma disciplina com uma abordagem mais filosófica, onde se tenta harmonizar temas como eficiência, equidade e justiça, para estabelecer arranjos sociais que maximizem o bem-estar dos indivíduos considerados coletivamente. A economia do bem-estar apoia-se principalmente em dois teoremas fundamentais⁵².

Outro expoente da escolha pública, Anthony Downs, em seu conhecido livro de 1957 sobre a teoria econômica da democracia, oferece uma alternativa à abordagem convencional do coletivismo sociológico. Ele propõe uma análise da democracia e dos processos políticos democráticos que difere das análises baseadas em valores ou na cultura política⁵³.

Downs busca decifrar a política partidária das democracias através de componentes individuais racionais, com a hipótese central de que partidos políticos em uma democracia formulam políticas estritamente como meios para obter votos em um mercado político, onde o governo é visto como um empreendedor que vende políticas em troca de votos⁵⁴.

Ao explorar a experiência democrática através da tensão entre os âmbitos micro e macro, do indivíduo e da coletividade, Downs aborda o processo político-eleitoral a partir da escolha racional da ciência econômica, baseada no cálculo individual guiado por interesses e implementado por eleitores e partidos políticos, resultando em análises explicativas⁵⁴.

Sua abordagem é a de uma teoria positiva da escolha pública, explicando, ao invés de prescrever, a motivação das decisões de eleitores e partidos nas democracias.

Segundo Stanley Keller Jr., no prefácio do livro de Downs, trata-se de um autor preocupado com a economia da explicação do fenômeno político-partidário⁴⁹.

Para Downs⁵⁴, uma "teoria da ação governamental verdadeiramente útil em uma democracia, ou em qualquer outro tipo de arranjo político, deve ser de natureza tanto econômica como política".

⁵³ REIS, F. W. Apresentação. In: DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 11-18.

⁵⁴ DOWNS, Anthony. **An Economic Theory of Political Action in a Democracy**. Journal of Political Economy, v. 65, n. 2, p. 135-150, 1957. p. 137.

Sua abordagem econômica parte dos pressupostos de comportamento racional e da ideia de que todo governo procura maximizar o apoio político, posicionando-se entre as concepções orgânicas ou individualistas de Estado, que ele considera extremos indesejáveis⁵⁴.

Por fim, é de se dizer que todo arcabouço regulatório que justifique uma intervenção estatal no ambiente econômico deve ser previsto pela norma maior de uma nação, no caso a sua constituição. Tal temática será abordada no capítulo a seguir.

3 A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Inicialmente, podemos afirmar que a constituição econômica é como um conjunto de regras, dispostas na lei maior de uma nação, que regem as atividades econômicas daquele um país. Trata-se de uma estrutura que visa garantir o bom funcionamento da economia bem como promover o crescimento econômico nacional.

O desiderato desta situação é destacar a importância de se ter um sistema bem definido para orientar as políticas públicas que abordem questões econômicas. De acordo com Moreira⁵⁵:

A constituição econômica é definida como o conjunto de preceitos que estabelecem os princípios e os limites da intervenção do estado na economia, que regulam as relações entre o Estado e a economia. (...) É por um lado, a garantia jurídica de uma concreta forma econômica de um determinado sistema econômico; por outro lado, é o fundamento de uma determinada ordem econômica.

De se dizer que um dos principais elementos de uma constituição econômica é justamente a presença de normas econômicas no corpo do seu texto. Essas normas são essenciais para a tentativa de garantir a concorrência justa, para proteger os direitos de propriedade e para possibilitar a existência de um ambiente econômico estável.

As normas econômicas buscam proporcionar a valorização do trabalho humano⁵⁶, a igualdade de condições para as empresas, o incentivo à inovação e o empreendedorismo do mesmo modo que buscam evitar práticas monopolistas. As normas econômicas também podem servir como proteção contra a corrupção e outras atividades antiéticas na esfera econômica.

É importante dizer que a inclusão de normas econômicas no corpo da constituição é fundamental, pois estabelece a base para o desenvolvimento de uma

⁵⁵ MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição para o Conceito de Constituição Econômica**. 2. ed. Coimbra: Editora Centelha, 1979. p. 42-46.

⁵⁶ Como bem apontado por José Afonso da Silva, no Brasil, “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil”. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 788.

economia robusta e sólida. Outro aspecto interessante de uma constituição econômica é sua capacidade de impacto sobre o bem-estar geral de uma nação.

De se dizer que, quando implementadas adequadamente, as normas previstas dentro de uma constituição econômica podem possibilitar que haja uma maior prosperidade, padrões de vida mais elevados e melhor qualidade de vida para os cidadãos.

Conforme apontado por Moncada⁵⁷:

A regulação da economia pela Constituição demonstra-nos que esta não contém somente a organização e actividade dos órgãos do poder político e, quando muito, o modo de ser das relações entre aquele e o indivíduo, mas verdadeiramente, além disso, um princípio estruturante do todo da vida social, com destaque, ainda que implícito, para a economia.

Isto porque, ao estabelecer uma estrutura clara para as políticas econômicas, a constituição econômica ajuda a criar um ambiente de negócios favorável, atraindo investimentos e estimulando o crescimento econômico⁵⁸. Ela também garante que os benefícios do progresso econômico sejam compartilhados de forma equitativa entre todos os setores da sociedade.

Assim, podemos perceber a importância das regras econômicas positivadas dentro do corpo normativo constitucional tendo em vista que tais regras possuem o condão de preparar o terreno para o desenvolvimento de uma economia próspera e bem-sucedida.

A presença de leis econômicas dentro dessa estrutura garante justiça, transparência e eficiência nas atividades econômicas. Além disso, uma constituição econômica desempenha um papel fundamental na promoção do desenvolvimento geral e na melhoria do bem-estar de uma nação.

⁵⁷ MONCADA, Luís S Cabral de. **Direito Económico**. 5. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2007. p. 128.

⁵⁸ Barroso ensina que “cabe ao Estado fiscalizar o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica. No desempenho dessa competência, deverá editar normas coibindo abusos contra o consumidor, prevenindo danos à natureza ou sancionando condutas anti-concorrenciais, para citar alguns exemplos. Ao traçar esta disciplina, deverá o Poder Público, como natural, pautar-se no quadro da Constituição, tendo como vetor interpretativo os fundamentos do Estado e da ordem econômica: livre iniciativa e valorização do trabalho”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out/dez. 2001.

3.1 A ORDEM JURÍDICA ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES LIBERAIS E SOCIAIS

O conceito de ordem jurídica econômica é de extrema importância para o Direito Econômico. Neste sentido, Tavares⁵⁹ ensina que ordem jurídica da economia é:

a expressão de certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.

Diga-se que uma ordem econômica engloba vários fatores, como produção, distribuição, consumo e troca de bens e serviços. Ela fornece uma estrutura para entender como os recursos são alocados e utilizados para atender às necessidades e desejos dos indivíduos e das sociedades como um todo, sendo essencial para o crescimento e o desenvolvimento de uma nação.

Em síntese, podemos referir que a ordem econômica diz respeito ao mundo dos acontecimentos reais, da distribuição de poder efetivo sobre bens e serviços e o modo pelo qual estes se empregam⁶⁰.

Nesta linha, é importante trazer as contribuições de Grau⁶¹ quando afirma que:

Ainda que se oponha à ordem jurídica a ordem econômica, a última expressão é usada para referir uma parcela da ordem jurídica. Esta, então — tomada como sistema de princípios e regras jurídicas — compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social.

Do mesmo modo, dentro desse complexo sistema é importante a presença de instituições e regras que promovam a concorrência no mercado, protejam os direitos de propriedade e facilitem o comércio.

⁵⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 81.

⁶⁰ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora UNB, 2000. p. 209-227.

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 58.

Ademais, uma ordem econômica eficaz também deve abordar questões de distribuição de renda e redução da pobreza para garantir que os benefícios do crescimento econômico sejam compartilhados de forma equitativa entre todos os segmentos da sociedade.

Não menos importante é ter em mente que o estabelecimento de uma ordem econômica é influenciado por vários fatores, como condições políticas, sociais e culturais. Países diferentes podem ter ordens econômicas diferentes com base em suas circunstâncias e prioridades específicas.

Assim, o conceito de ordem econômica é fundamental para entender como as atividades econômicas são organizadas e estruturadas em uma sociedade ou país.

Os modelos de ordem econômica foram variados ao longo da história moderna. Num primeiro momento tivemos a consagração de uma ordem econômica liberal, que adveio dentro da estrutura de um Estado Liberal, que superou as amarras impostas pelos Estados absolutistas.

De se dizer que, os primórdios do que se reconhece como Estado Liberal Clássico é resultado de revoluções ocorridas ao longo dos séculos XVII e XVIII. Os marcos mais significativos são o *Bill of Rights* inglês de 1689, a Revolução Francesa de 1789 e a declaração de independência das colônias americanas de 1776 que culminou com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.

Em todos os casos acima listados, houve a concepção de regras e Cartas Constitucionais que buscaram limitar a atuação estatal e estabelecer um regime democrático para a população.

Começando pelo *Bill of Rights*, de 1689, na Inglaterra, trata-se de um documento resultante contexto histórico de grandes rebeliões, sendo a Revolução Gloriosa de 1688 e 1689 a última delas e que desencadeou com o fim do absolutismo em terras inglesas.

Referido documento, ao mesmo tempo em que possuía mecanismos capazes de gerar garantias parlamentares e políticas, também estabelecia direitos civis e liberdades aos cidadãos, limitando os poderes existentes do rei. O *Bill of Rights* de 1689 da Inglaterra pode ser considerado o ponto de partida da ascensão das ideias de liberdade associadas a uma ordem econômica liberal do século XVIII⁶².

⁶² Conforme apontado por CAENEGEM, a *Bill of Rights* é o “elo mais importante na longa cadeia que

Partindo para o caso francês, era claro o intuito de tentar controlar o absolutismo monárquico arraigado no *ancien régime* por meio da lei. Daí a consagração de direitos fundamentais como liberdade, igualdade e legalidade⁶³.

É importante apenas trazer a observação colocada por Hobsbawm⁶⁴, que aduz que:

Mas, de modo geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata, mas sim um devoto do constitucionalismo, de um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada de um governo de contribuintes e proprietários.

De se dizer, entretanto, que a burguesia francesa contribuiu para que o povo francês despertasse sua consciência para a existência de suas liberdades políticas e civis. Posteriormente, em meados dos anos 1800, princípios democráticos fundamentais tais como o sufrágio universal foram sendo incorporados à ordem social e jurídica francesa⁶⁵.

Por outro lado, consoante já fora dito acima, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 é outro marco importante na construção da ordem liberal econômica. Inicialmente, aduz esclarecer que um dos primeiros documentos modernos a afirmar os princípios democráticos fora a Declaração de Independência do Estados Unidos da América de 1776.

Referido documento foi idealizado a partir da Proclamação da Independência das treze colônias britânicas da América que, sob o argumento de que a prosperidade do povo da América dependia da continuidade dessa firme união, romperam a dominação imposta pelos seus colonizadores da Grã-Bretanha, e, a partir daí, passaram a se intitular um novo Estado dotado de Soberania.

Como fora observado por Jay⁶⁵:

conduz da Magna Carta medieval às modernas Declarações de Direitos do Homem". Cf. CAENEGER, Raoul Charles Van. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 147.

⁶³ Como bem apontado por Bonavides "Em suma, o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa". Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1996. p. 41-42.

⁶⁴ HOBBSAWM, Eric John Ernest. **A Revolução Francesa**. 7. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1996. p. 20-21.

⁶⁵ HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, Jhon. **Os Artigos Federalistas: 1787-1788**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1987. p. 97.

Vale a pena considerar, portanto, se o interesse do povo da América será mais bem atendido se ele formar, para todos os propósitos ferais, uma única nação, sob um único governo federal, do que se ele se dividir em confederações e der ao chefe de cada uma delas o mesmo tipo de poderes que lhe aconselham atribuir a um governo nacional.

Esse caminho pavimentou a construção da Constituição dos Estados Unidos de 1787. Durante as construções referidas, tiveram destaques pautas que tratavam da defesa das liberdades individuais bem como da retirada de poderes até então detidos pelos colonizadores-governantes, que de certa buscava reproduzir alguns dos privilégios que eram encontrados em solos europeus⁶⁶.

Vale ressaltar ainda que o fortalecimento das liberdades individuais americanas foi solidificado através de emendas constitucionais aprovadas após a promulgação da constituição de 1787. Apesar da constituição de 1787 ter inaugurado um novo período na história democrática americana, um maior número de direitos e garantias aos cidadãos foram incorporados ao texto no ano de 1791, quando houve a aprovação de 10 emendas à constituição.

Dentre os temas constantes das emendas podemos mencionar a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, segurança, a possibilidade de portar armas, o devido processo legal, a independência do Tribunal do Júri, entre outros. Esse conjunto de assuntos foi denominado o *Bill of Rights*^{67, 68}.

De se dizer que, dado o histórico de nascimento das constituições da Inglaterra⁶⁹, França e Estados Unidos, percebemos que tais instrumentos foram elaborados para proteger os direitos individuais e promover os princípios de liberdade, igualdade e justiça.

⁶⁶ Para COMPARATO: “A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos.” Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 40.

⁶⁷ BILL OF RIGHTS INSTITUTE. **Bill of rights: the 1st ten amendments**. Arlington, VA: Bill of Rights Institute, [20--]. Website. Disponível em: <https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/bill-of-rights>. Acesso em 20 set. 2023.

⁶⁸ Em que pese se tratar de instrumentos com conteúdo similares, o *Bill of Rights* americano aqui tratado não se confunde com o *Bill of Rights* inglês anteriormente mencionado.

⁶⁹ Importa afirmar que a constituição inglesa difere das outras citadas em razão de ser não escrita, sendo considerada dentro do conceito de constituição material, onde são considerados como constituição todos os documentos constitucionais históricos, precedentes judiciais, convenções, forais, além de inúmeras outras fontes. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 23-24.

Entretanto, sem considerar a dimensão econômica nas regras constitucionais, esses princípios podem permanecer vazios e inatingíveis. Isto porque, a busca pela estabilidade econômica bem como pela prosperidade é essencial para que os indivíduos exerçam plenamente seus direitos e para que uma sociedade funcione sem problemas.

Importa aduzir que a busca pela estabilidade econômica numa ordem liberal tem como premissa a liberdade individual. Sendo assim, o Estado deve garantir e/ou permitir a todos o desenvolvimento da liberdade individual. A tarefa do Estado, desta forma, é atuar de maneira que permita a cada cidadão, de maneira livre e desembaraçada, alcançar seus próprios fins individuais.

Destarte, ao incorporar disposições econômicas nas constituições liberais, o fim buscado foi a criação de uma sociedade mais equitativa em que todos os indivíduos pudessem ter a oportunidade de prosperar e atingir seu potencial máximo.

A finalidade trazida pelo constitucionalismo econômico moderno foi justamente a de proteger os direitos de propriedade, com uma limitação das ações estatais, na tentativa de fornecer uma estrutura comum para a concorrência justa, incentivando o crescimento e o desenvolvimento econômico a partir das liberdades individuais.

As constituições desta época tiveram o mérito de estabelecer um sistema de freios e contrapesos com a finalidade de limitar a capacidade do governo de interferir nos assuntos econômicos, buscando evitar a concentração de poder bem como garantir que as decisões fossem tomadas no interesse do povo e não dos governantes.

O objetivo era o de proteger a sociedade da corrupção e o abuso de poder cometido pelos absolutistas, visando garantir, desta forma, que os recursos fossem alocados de forma eficiente e justa em benefício da sociedade de uma maneira geral.

No entanto, no início do século XX, as ideias liberais até então vigentes passam a ser questionadas. Começam a ser demandados outros direitos, dessa vez de cunho social, que são os direitos que exigem do Estado, principalmente, uma ação interventiva.

Esta mudança representou uma resposta às novas realidades sociais e econômicas, buscando equilibrar o crescimento econômico com a justiça social e a estabilidade política.

Assim o Estado deixa de ser tão somente liberal e passa a ser denominado Estado de Bem-Estar Social, passando a incorporar no corpo do texto constitucional, ideais econômicos marcados por uma atuação positiva do Estado visando a prestação de serviços à população.

Vale ressaltar que a transição do Estado caracterizado por uma ordem liberal para o Estado com um viés social não foi um processo uniforme ou instantâneo, mas sim uma evolução gradual que variou em ritmo e intensidade entre diferentes países.

Temos como marcos constitutivos dessa nova ordem econômica o advento de duas constituições: a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar (Alemanha) de 1919. Acerca da Constituição do México de 1917 Loewenstein⁷⁰ indica que:

os Direitos Fundamentais socioeconômicos não são absolutamente novos: alguns deles, como o direito ao trabalho, foram inscritos nas Constituições Francesas de 1793 e 1848. (...) depois da primeira e, em maior grau ainda, depois da segunda guerra mundial, que se converteram no equipamento-padrão do constitucionalismo. Foram proclamados pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917 (...): todas as riquezas naturais foram nacionalizadas e o Estado assumiu completamente, pelo menos no papel, a responsabilidade social para garantir uma existência digna a cada um de seus cidadãos.

Do mesmo modo, a Constituição de Weimar de 1919 também contemplou dispositivos expressos impositivos de uma conduta ativa por parte do Estado para que este viabilizasse a plena fruição, por todos os cidadãos, dos direitos fundamentais de que são titulares.

Naturalmente, referida norma constitucional incorporou tais normas em adição as normas que eram frequentemente trazidas pelas constituições liberais de outrora. Como bem apontou Comparato⁷¹:

A estrutura da Constituição de Weimar é claramente dualista: a primeira parte tem por objeto a organização do estado, enquanto a segunda parte

⁷⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 401.

⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 40.

apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social.

Vale ressaltar que esse modelo de ordem econômica social surgiu como uma resposta às consequências da grande guerra e da crise econômica enfrentada pelos países no período pós-guerra.

Como se viu, a característica marcante desse novo modelo de ordem social é o reconhecimento dos direitos sociais universais. Tais direitos são encarados como fundamentais para possibilitar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

De se dizer ainda que a ordem econômica e social se refere à estrutura e à organização de uma sociedade em termos de suas atividades econômicas e relações sociais. Ela abrange os sistemas, as instituições e as normas que regem a produção, a distribuição e o consumo de bens e serviços, bem como as interações entre indivíduos e grupos em uma sociedade.

No âmbito do constitucionalismo brasileiro, podemos afirmar que apenas a partir da edição da Constituição de 1934 foi possível se observar a criação de regras que trataram do ordenamento da atividade econômica. Tal ordem constitucional, influenciada pelas constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, se preocupou em elencar os direitos sociais, econômicos e culturais. Como fora analisado por Cavalcanti:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc⁷².

Após a Constituição de 1934, tivemos a implementação de uma Constituição em 1937. De se dizer que as regras de constitucionais de 1937 foram fortemente influenciadas pela Constituição da Polônia de 1937, cuja inspiração se deu em modelos fascistas e nazistas, bem como o rótulo de Estado Novo fora inspirado no corporativismo português de 1933⁷³.

⁷² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1967. p. 202.

⁷³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1991. p. 331-345.

Referida regra Constitucional tratou da ordem econômica num capítulo próprio, posicionado entre os artigos 135 a 155, e trouxe possibilidades para a intervenção do Estado na economia como coordenador dos fatores de produção e supridor das deficiências da iniciativa individual⁷⁴.

Em seguida, temos a Constituição de 1946, que também trouxe dispositivos que permitiam a intervenção do Estado na economia, condicionando tal possibilidade a promoção do bem-estar social⁷⁵.

Referida regra Constitucional buscou fortalecer a justiça social de maneira a articular as liberdades individuais com olhar especial na valorização do trabalho humano. Por fim, fora permitido o monopólio estatal⁷⁶ segundo o interesse público.

Em seguida, temos o período militar vigente no Brasil. Neste contexto, tivemos a Constituição de 1967 bem como a Emenda Constitucional 01 de 1969, que praticamente inaugurou uma nova ordem constitucional no país. Tanto a Carta de 1967 como a Emenda Constitucional de 1969 trataram da ordem econômica social num conjunto de artigos sistematizados num título específico.

⁷⁴ Art 135 da Constituição brasileira de 1937 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937.

⁷⁵ Art 147 da Constituição brasileira de 1946 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. Cf. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946.

⁷⁶ Art 146 da Constituição brasileira de 1946 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946.

Ambas permitiram a intervenção do Estado⁷⁷, ⁷⁸ na economia e trataram de temas como a livre iniciativa, valorização do trabalho humano, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico e repressão do abuso do poder econômico.

Após tais experiências, tivemos a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe um panorama econômico bem detalhado e que até hoje é vigente dentro do país, conforme será mais bem explorado no tópico a seguir.

3.2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Inicialmente, é de se dizer que a Constituição de 1988 dedica um capítulo específico à ordem econômica, que está inserido dentro do Título VII - "Da Ordem Econômica e Financeira". Esse capítulo estabelece as diretrizes e princípios que devem ser observados para garantir um desenvolvimento econômico sustentável e socialmente justo.

Dito isto, importa afirmar que a ordem econômica estabelecida na Carta Magna de 1988 está fundamentada em diversos princípios que orientam a atividade econômica no país. E conforme fora bem apontado por Canotilho e Moreira⁷⁹:

Princípios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas, começam por ser a base de normas jurídicas e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios.

Mas antes de aprofundar os princípios propriamente ditos, importa afirmar que a ordem econômica preconizada pela Constituição de 1988 foi fundamentada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

⁷⁷ Art. 157, § 8º, da Constituição brasileira de 1967 - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília: Presidência da República, 1967.

⁷⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 8865, 20 out. 1969. Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1969)

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 1991. p. 49.

A valorização do trabalho humano a importância do trabalho como elemento central da atividade econômica, garantindo a dignidade e os direitos dos trabalhadores. Nessa linha, se faz essencial transcrever os ensinamentos de Bocorny⁸⁰:

A valorização do trabalho humano (...) não somente importa em criar medidas de proteção ao trabalhador, como foi destacado nos Estados Sociais. [...], o grande avanço do significado do conceito que se deu no último século foi no sentido de se admitir o trabalho (e o trabalhador) como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social (...). Assim, o capital deixa de ser o centro dos estudos econômicos, devendo voltar-se para o aspecto, talvez subjetivo, da força produtiva humana.

Importa acrescentar que a valorização do trabalho humano não pode significar apenas um meio de sobrevivência aos trabalhadores. Se assim fosse haveria afronta a outro princípio constitucional, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

A valorização do trabalho humano deve ser encarada como a possibilidade de fazer com que o exercício de uma profissão conduza à realização da vocação do homem⁸¹.

Do mesmo modo, temos na livre iniciativa um outro fundamento da ordem econômica. A livre iniciativa busca garantir a liberdade de empreender e de exercer atividades econômicas, desde que observadas as normas legais.

Percebe-se, desde logo, que a livre iniciativa possui um cunho de liberdade de criação e exploração de uma atividade econômica bem como de sujeição à restrição estatal desde que haja uma imposição legal⁸².

Assim, ao Estado, cabe a intervenção apenas quando os interesses de poucos indivíduos dentro de uma sociedade se sobrepõem aos interesses de uma maioria, ressaltando que deve ser sempre observado o princípio da liberdade de iniciativa.

E tal intervenção, pode ocorrer quando o Estado atua diretamente na atividade econômica, prestando um serviço público, quando o Estado atua como um

⁸⁰ BOCORNY, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Editora SAFE, 2003. p. 41.

⁸¹ PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 153.

⁸² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 381.

agente fiscalizador do exercício da atividade econômica exercida pelos particulares ou quando o Estado faz as vezes de regulador, sendo um agente normativo da atividade econômica.

Em seguida, a norma constitucional elenca nove princípios que devem ser observados na condução da ordem econômica⁸³.

Barroso⁸⁴ afirma que é possível agrupar os referidos princípios em dois grandes grupos conforme se trate de princípios de funcionamento da ordem econômica ou de princípios-fins da ordem econômica.

O autor aduz que os princípios de funcionamento estabelecem os parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica deverão observar. Ainda segundo Barroso, os princípios de funcionamento se referem à dinâmica das relações produtivas, às quais todos os seus agentes estão vinculados. São categorizados como princípios de funcionamento a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente.

Por outro lado, os princípios fins são classificados como os que descrevem realidades materiais que o constituinte deseja que sejam alcançadas. Nas palavras do mencionado autor “os princípios fins delineiam os objetivos que como produto final a ordem econômica como um todo deverá atingir”.

São categorizados como princípios fins a existência digna para todos, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, e a expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Acerca dos denominados princípios de funcionamento, temos inicialmente a soberania nacional. Tal princípio indica que a ordem econômica deve ser sistematizada de acordo com os interesses nacionais, capaz de neutralizar as

⁸³ I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Cf. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out/dez. 2001.

influências do capital externo no processo de tomadas de decisões do mercado interno visando a autonomia e a independência do país, especialmente no que diz respeito aos seus recursos naturais e ao desenvolvimento tecnológico.

Vale pontuar que isso não significa que o Estado brasileiro deva se olvidar de buscar participação na comunidade internacional. Como bem percebido por Tavares⁸⁵:

A globalização trouxe questões que afetam diretamente a noção clássica de soberania nacional, especialmente no campo econômico, impondo a necessidade de uma nova concepção de soberania, pela qual seja possível a preservação da capacidade de autodeterminação do Estado, com a presença da livre concorrência no mercado nacional e o respeito simultâneo às normas e práticas supranacionais relacionadas à atividade econômica.

Sobre os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, pode-se afirmar que eles estão intrinsecamente ligados. Isto porque, a Constituição de 1988 reconhece a propriedade privada como um direito fundamental, mas também a submete a uma função social. A propriedade deve atender aos interesses da coletividade e garantir o desenvolvimento econômico e social.

Ou seja, a propriedade privada deve cumprir uma função social, garantindo que seu uso contribua para o bem-estar coletivo, a distribuição de renda e a justiça social.

Isso significa que a propriedade deve ser usada de forma a beneficiar a sociedade como um todo. seu caráter principal, configura-se em que esta seja uma ferramenta destinada à realização da existência digna de todos e da justiça social⁸⁶.

Outro princípio funcionamento de suma importância é a livre concorrência. A livre concorrência é essencial para garantir a igualdade de oportunidades entre os agentes econômicos, evitando abusos de poder econômico e promovendo a eficiência e a qualidade dos produtos e serviços.

Ademais tal princípio tem reflexos sobre os interesses dos consumidores, trabalhadores e da sociedade como um todo, em função da geração de riquezas e aumento das receitas tributárias⁸⁷.

⁸⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 81.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

⁸⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro: Comentários à Lei n. 8.884/94**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. p. 5.

Por outro lado, a Constituição de 1988 reconhece a importância de proteger os direitos dos consumidores e o meio ambiente, últimos princípios de funcionamento.

Assim, a ordem econômica deve ser orientada para a defesa do consumidor, assegurando a qualidade dos produtos e serviços, bem como a informação adequada e clara sobre eles.

Podemos afirmar que dois agentes são precipuamente responsáveis por esta atribuição. Naturalmente um deles é o Estado, que deve editar atos normativos e políticas públicas econômicas adequadas à proteção dos consumidores⁸⁸. Do mesmo modo, os agentes econômicos devem se regular pelos princípios e regras estabelecidas pelo Estado.

Acerca da defesa do meio ambiente, a Carta Magna de 1988 estabelece que a ordem econômica deve buscar a preservação do meio ambiente, garantindo o desenvolvimento sustentável e a utilização dos recursos naturais de forma responsável e equilibrada.

Assim como a defesa do consumidor, cabe ao Estado o papel de ator responsável pelo desenvolvimento de políticas públicas visando o uso consciente e a preservação ambiental

Isto porque trata-se de um direito coletivo, com capacidade de impactar nas próximas gerações, merecendo, desta forma, medidas de proteção e conscientização coletiva, sobretudo das esferas públicas. Nas palavras de Grau⁸⁹:

O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 125, caput.

Por outro lado, acerca dos princípios fins, podemos iniciar detalhando que o princípio da existência digna tem relação com a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

⁸⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 90.

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 58.

De partida, podemos indicar que a ordem econômica deve buscar a redução das desigualdades regionais e sociais, promovendo o desenvolvimento equitativo e compensando desigualdades históricas.

Acrescente-se que a redução das desigualdades regionais e sociais, além de princípio da ordem econômica, também se trata de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁹⁰.

Deste modo, deve ser atribuído ao Estado o papel de planejador do setor público, desenvolvendo políticas públicas capazes de criar condições para a existência de um Estado de bem-estar social, culminando com a diminuição de desigualdades sociais e regionais.

Ademais, a ordem econômica direciona que o Estado deve buscar o pleno emprego, garantindo a criação e aplicação de políticas econômicas que incentivem a iniciativa privada⁹¹ a gerar oportunidades de trabalho para todos, contribuindo para o desenvolvimento do País.

De se dizer que o Estado deve intentar implementar as medidas necessárias visando a inclusão social dos cidadãos, inclusão esta que se faz, principalmente, através da relação de emprego, possibilitando o cumprimento do princípio da existência digna das pessoas bem como a justiça social.

Por último, temos o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Inicialmente, importa afirmar que as empresas de pequeno porte são extremamente importantes no desenvolvimento da economia brasileira. Isto porque, a maior parte dos empregos com carteira assinada criados no País hoje são gerados por essas empresas⁹².

⁹⁰ Art. 3º da CF/88: Constituem **objetivos** fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais**; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Cf. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out/dez. 2001.

⁹² MOURA, Bruno de Freitas. **Micro e pequenas empresas criam sete de cada 10 empregos no país: foram quase 110 mil vagas com carteira assinada só em maio**. In: AGÊNCIA BRASIL. Rio de Janeiro, 13 jul. 2023. Blog. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/micro-e-pequenas-empresas-criam-sete-de-cada-10-empregos-no-pais>. Acesso em: 27 set. 2023.

Assim, o tratamento diferenciado, proposto pela norma constitucional, é um componente deveras importante para esse tipo empresarial visto que possibilita mais simplicidade na sua forma de constituição bem como no recolhimento de seus impostos. Como bem apontado por Ferreira Filho⁹³:

numa era de gigantismo empresarial, a sobrevivência das empresas de pequeno porte é extremamente difícil. São elas, porém, um elemento de equilíbrio e, conseqüentemente, merecem um tratamento especial.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 representou uma mudança significativa na ordem econômica brasileira, pois trouxe uma abordagem mais equilibrada e voltada para o desenvolvimento sustentável e a justiça social. Antes dessa Constituição, como foi visto, a economia brasileira era marcada por um modelo mais centralizado e concentrado nas mãos do Estado.

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve uma valorização da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da propriedade, incentivando a participação do setor privado na atividade econômica. Além disso, foram estabelecidos mecanismos de proteção ao consumidor e de defesa da concorrência, visando garantir um mercado mais justo e competitivo.

Vale dizer que os princípios mencionados na Carta Magna de 1988 são fundamentais para garantir que normas de regulação provenientes desses conceitos busquem promover o funcionamento eficiente e justo dos setores de infraestrutura nacional como energia, transporte, telecomunicações e água.

Segundo Martins⁹⁴, a regulação da infraestrutura desempenha um papel fundamental na promoção do desenvolvimento econômico e social do país. Ela busca equilibrar os interesses dos usuários, das empresas concessionárias e do Estado, garantindo a prestação de serviços de qualidade, acessíveis e sustentáveis.

Uma das principais contribuições de Martins é a sua visão sobre a regulação como um processo dinâmico e adaptativo. Ele argumenta que a regulação deve ser flexível o suficiente para se ajustar às mudanças tecnológicas, econômicas e sociais que ocorrem nos setores de infraestrutura.

⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2001. p. 356.

⁹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 86-100.

Assim, resta clara a necessidade de uma regulação eficiente e proporcional, com regras e os mecanismos regulatórios claros, objetivos e proporcionais aos objetivos pretendidos. A regulação excessiva pode criar barreiras à entrada de novos concorrentes e limitar a inovação, enquanto a falta de regulação adequada pode levar a abusos de poder e à exploração dos usuários.

Desta forma, é de se reforçar que o Estado continua sendo uma peça-chave na ordem jurídica econômica nacional tendo em vista que diversos papéis lhes foram atribuídos. A incumbência de planejamento que resta reservada ao Estado é algo bastante sensível e fundamental para possibilitar o crescimento econômico do País.

Mas também deve ser ressaltado seu papel de agente de atividade econômica direta, de maneira excepcional, de regulador e fiscalizador de atividades públicas e privadas bem como de provedor de determinados serviços públicos. Referidos serviços públicos serão mais bem detalhados no item a seguir.

3.3 CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SEU TRATAMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O conceito de serviço público tem sido submetido a uma constante evolução, especialmente com as transformações do Estado contemporâneo. As mudanças ocorridas a partir do final do século XX, com a crise do Estado de Bem-Estar Social, levaram a uma redefinição do papel do Estado e das características dos serviços públicos.

Historicamente, a origem do serviço público remonta à França do início do século XIX. No entanto, sua concepção pode ser encontrada na Grécia antiga, onde o serviço era prestado pelos detentores de grandes fortunas como uma imposição honrosa, e não pelo poder organizado em forma de estado.

Rousseau foi um dos primeiros a utilizar a expressão "serviço público" para se referir às atividades estatais que sucede ao serviço do rei bem como às atividades destinadas a suprir as necessidades coletivas dos cidadãos⁹⁵.

Vale dizer que, conforme fora exposto anteriormente, na época em que era posto em prática o modelo de Estado liberal, o serviço público então prestado era

⁹⁵ MEILÁN GIL, José Luis. **La Cláusula de Progreso en los Servicios Públicos**. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. p. 11-12.

limitado ao desempenho de uma atividade protetora e garantidora dos direitos individuais considerados valiosos pelos particulares⁹⁶.

No entanto, com o advento do Estado social, o modelo de prestação de serviço público fora modificado. Isto porque, a ordem constitucional econômica inaugurada pelo Estado social ampliou o rol de atribuições então conferidas ao poder público, o que fora refletido na forma de atuação do Estado, que passou a ter presença significativa na ordem econômica e social.

Ressalte-se que, com o advento da Revolução Industrial, surgiram diversos serviços públicos na França⁹⁷ e ⁹⁸, como linhas férreas, telégrafos, telefones, distribuição de água e energia. Esses serviços foram fundamentais para o desenvolvimento do país e marcaram o modelo francês de serviço público prestado à população.

Assim, o Estado passa a proteger as liberdades individuais de acordo com o modelo do Estado liberal, mas também passa a promover ações visando atender a direitos e garantias individuais e sociais. Sobre o tema, importa destacar as palavras de Di Pietro⁹⁹:

Com a superação do liberalismo e a instauração do Estado Social, o indivíduo, que antes não queria a ação do Estado, passa a exigí-la. As relações entre Administração e administrador multiplicaram-se e tornaram-se muito mais complexas. A sociedade quer subvenção, financiamento, escola, saúde, moradia, transporte, quer proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico e artístico nacional e aos mais variados tipos de interesses difusos e coletivos.

⁹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

⁹⁷ O *Arrêt Blanco*, julgado pelo Tribunal (francês) de Conflitos em 08 de fevereiro de 1873, é considerado o marco histórico do conceito de serviço público, da definição das competências da jurisdição administrativa, da concepção de uma responsabilidade civil especial para o Estado e da própria diferenciação entre o Direito Administrativo e os demais ramos do Direito, do Direito Civil em especial. Cf. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira; QUINTAS, Fábio Lima. **A Noção de Serviço Público: do Arrêt Blanco à ADPF 46**. Direito Público, Porto Alegre. v. 12, n. 66, p. 102-120, nov/dez, 2015.

⁹⁸ Já o *Arrêt Terrier* assentou que tudo o que dissesse respeito à organização e funcionamento de serviços públicos gerais ou locais estaria ao abrigo do princípio da 'gestão pública', ou seja, sujeito à jurisdição administrativa. Essa situação implicava a criação de um serviço público, mesmo que a atuação no caso concreto não fosse diretamente realizada diretamente pelo Estado, é sim por um particular. Cf. JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. Pág 27.

⁹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. Pág 23.

No Brasil, a prestação de serviços públicos teve início em 1808, com a chegada da Família Real Portuguesa ao país. A necessidade de promover o desenvolvimento da colônia levou à criação de serviços administrativos.

Naturalmente, esse modelo inicial de serviços públicos instalados no Brasil tinha como características a centralização, a ausência de diferenciação (de funções), o mimetismo, a profusão e minudência das normas, o formalismo e a morosidade¹⁰⁰.

Podemos afirmar que tais disfunções decorrem, em grande medida, da transplantação para a colônia das instituições existentes na metrópole e do vazio de autoridade (e de obediência) no imenso território, constituindo um organismo autoritário, complexo, frágil e ineficaz¹⁰¹.

No entanto, com a Proclamação da República, o funcionalismo público ganhou mais força e passou a colaborar diretamente com a administração, executando ações que impulsionaram os serviços básicos e essenciais para a população.

Vale ressaltar que cabe a cada país e a cada povo, através de sua cultura, legislação e soberania determinar quais as atividades que a sociedade considera como serviço público. Naturalmente estamos nos referindo a uma decisão política e, portanto, é comum que encontremos diversos conceitos distintos ao redor do mundo.

Tal situação fica clara quando encontramos, apenas na doutrina francesa, que serviu de inspiração para diversos países, diversos conceitos de serviços públicos. Conforme observou Mello¹⁰²:

(...) Duguit conceitua o serviço público em termos sociológicos e identifica as regras de direito administrativo com o serviço público administrativo, [...]Bonnard, menos positivo na matéria, aproxima-se de Duguit no esforço de configurar o serviço público de forma substancial (embora só o defina no sentido subjetivo), mas abranda a constância da relação serviço público-direito administrativo, Jèze conceitua o serviço público como um procedimento técnico que se traduz em um regime peculiar, 'o processo de direito público' e associa estreitamente serviço público administrativo e direito administrativo.

¹⁰⁰ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José Cavalleiro de Macedo. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1994. p. 299-312.

¹⁰¹ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado, 200 anos de Administração Pública, 200 anos de Reformas**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro. v. 42, n. 5, p. 829-874, set./out., 2008.

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 150-151.

É de se perceber que há uma riqueza jurídica e política das concepções francesas de serviço público. São concepções amplas, que foram elaboradas num ordenamento jurídico cujas regras constitucionais não eram tão profundas e onde não se falava em controle jurisdicional da constitucionalidade das leis¹⁰³.

Nos Estados Unidos encontramos um conceito de serviço público que difere da construção ocorrida na França. Naquele ordenamento jurídico, temos as *public utilities* como as atividades que se encontram com o interesse público e por isso sujeitam-se a um controle de preços ao controle da qualidade dos serviços e outros controles. Tais controles são realizados por meio das agências reguladoras independentes¹⁰⁴.

Outrossim, nos Estados Unidos, o estudo das agências reguladoras independentes e seu modelo organizacional administrativo se confundem com o próprio Direito Administrativo. Consoante afirmou Metzler¹⁰⁵ (1935, p. 225):

O crescimento do direito administrativo resultou como o acompanhamento natural do crescimento de órgãos administrativos existentes no reconhecimento de funções governamentais e das novas agências criadas para atender às necessidades de uma sociedade em mudança.

No ordenamento jurídico nacional, podemos encontrar conceitos de serviços públicos distintos. De uma maneira ampla, pode se dizer que o serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público¹⁰⁶.

¹⁰³ Na visão de Aragão, tais fatores certamente, deram maior liberdade à elaboração doutrinária, por carência de balizamentos normativos. Ao revés, nos países em que, a exemplo do Brasil, há diversas normas constitucionais sobre o tema, os esforços doutrinários têm, como não poderia deixar de ser, a Constituição como princípio e limite das suas especulações. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 94.

¹⁰⁴ MEDAUAR, Odete. **Serviços públicos e Serviços de Interesse Geral: Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**. In: SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASIL-ESPANHA, 2003, Rio de Janeiro. Anais [...] Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 118

¹⁰⁵ METZLER, Edward L. **The growth and development of administrative law**. Marquette Law Review, Wisconsin, v.19, p. 225, 1935.

¹⁰⁶ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 409.

Por outro lado, de uma maneira restrita, inserindo no escopo do serviço apenas as atividades prestadas pela Administração Pública, Meirelles¹⁰⁷ conceitua o serviço público como sendo:

Aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado.

O fato é que a Constituição Federal de 1988 trouxe importantes referências para o serviço público, estabelecendo princípios como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ademais, temos que a regra matriz no campo do direito dos serviços públicos é, indubitavelmente, o art. 175 da Constituição. Ali, enfatizou o constituinte que a prestação de serviços públicos pelo Estado, sempre na forma da lei, poderá ser feita diretamente ou por delegação, sob o regime de concessão ou permissão.

Isso significa que a atuação estatal na prestação de serviços públicos só deve ocorrer quando não houver interesse empresarial legítimo na iniciativa privada para realizar essa atividade. O Estado deve agir de forma subsidiária¹⁰⁸, regulando e fiscalizando a atividade econômica, mas sem substituir a livre iniciativa.

Vale ressaltar que no cenário brasileiro, os serviços públicos são, além do mais, uma condição material da própria democracia¹⁰⁹ haja vista os problemas sociais e econômicos de que padece grande parte da população.

Dito isto, é importante equilibrar a abertura dos mercados com a necessidade de que os serviços básicos da população sejam prestados, assegurando-se de que sejam acessíveis a todos os indivíduos.

Percebe-se, assim, que o conceito de serviços públicos passou por diversas mudanças desde sua concepção clássica, e que continua em constante evolução. Nesse sentido, Grotti¹¹⁰ ensina que:

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 316.

¹⁰⁸ Conforme a CF/88: Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹⁰⁹ MOREIRA, Vital. **Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 227-248, jan./mar. 2003.

¹¹⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 71.

Forçoso é reconhecer que a noção de serviço público é essencialmente evolutiva, condicionada pela época e pelo meio social e, como todo instituto, só pode ser compreendido pelo estudo de sua história e das tendências sociais da nossa época. E é indubitável que a concepção tradicional dessa noção foi atingida, e o regime de alguns serviços públicos passou a assumir uma nova postura diante das inovações trazidas com a reforma do Estado, em especial diante da compatibilidade ou não das políticas que levam à fragilização na prestação do serviço público pelo Estado com o texto constitucional brasileiro.

Por último, importa destacar que a Lei 13.874/2019, também conhecida como Lei de Liberdade Econômica, buscou implementar mudanças significativas para os serviços públicos no Brasil¹¹¹. Neste sentido, referido normativo intentou simplificar processos estatais burocráticos bem como reduzir a intervenção do Estado na economia.

Acerca deste último ponto, a lei estabeleceu o princípio da intervenção subsidiária do Estado na economia, limitando a atuação governamental e promovendo maior liberdade para as empresas.

A lei também classificou atividades econômicas em níveis de risco, permitindo tratamentos menos burocráticos para atividades de baixo risco. Além disso, tornou obrigatória a Análise de Impacto Regulatório antes de novas regulamentações e determinou a revisão de atos normativos.

Também houve a determinação para revisão e consolidação de atos normativos inferiores a decreto, com o objetivo de simplificar e reduzir o excesso de regulamentações. Estabeleceu-se a presunção de boa-fé do particular e aumentou-se a participação cidadã nos processos de revisão normativa. Essas mudanças visam criar um ambiente mais favorável aos negócios e aumentar a eficiência dos serviços públicos.

Essas mudanças afetam diretamente a forma como os serviços públicos são planejados e implementados, exigindo uma abordagem mais centrada no impacto econômico e na eficiência.

Assim, podemos afirmar que a Constituição de 1988 reconhece a importância do Estado na promoção da infraestrutura, seja atuando diretamente, seja por meio

¹¹¹ VERAS, Vinícius Périssé Maia; ARAUJO, Valter Shuenquener de. **A Lei da Liberdade Econômica e os novos paradigmas da intervenção do Estado**. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 16. ano 5. p. 59-82. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021. Disponível em: <http://revistasdostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-3126> – Acesso em: 10.10.2023.

de parcerias com a iniciativa privada. A ordem econômica e social positivada deixa claro que o Estado tem o dever de planejar, regular e fiscalizar a atividade econômica, garantindo o acesso universal aos serviços públicos e a adequada prestação deles para a população.

4 EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE CONSTRUÇÃO DA INFRAESTRUTURA NACIONAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como fora devidamente explorado em capítulos anteriores, a partir da promulgação da Constituição brasileira de 1988 e, particularmente, com a premente necessidade de se realizar reformas no aparato estatal nacional, buscando trazer mais eficiência no serviço a ser prestado em favor da população, um novo quadro normativo institucional foi sendo desenhado no país.

De início, cabe lembrar que a Constituição de 1988¹¹² estabeleceu que, como uma regra geral, o Estado deveria abdicar de prestar atividades econômicas. Tais atividades deveriam ser realizadas através do livre exercício por parte do setor privado, ressalvados os casos de “imperativos da segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”.

Em que pese os termos “imperativos da segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo” tenham a possibilidade de ser qualificados como conceitos jurídicos indeterminados¹¹³, e por essa razão serem interpretados de maneira mais abrangente¹¹⁴, o intuito do legislador constituinte foi o de favorecer uma maior liberdade de iniciativa ao setor privado.

Já em relação à prestação de serviços públicos, a norma constitucional de 1988 atribuiu sua titularidade ao Estado. Estabeleceu ainda que referidos serviços poderiam ser prestados diretamente pelo Estado ou mediante contratos de concessão ou permissões de serviço público, sendo tais atos de delegação sempre precedidos de licitação¹¹⁵.

¹¹² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Cf. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹¹³ Segundo Ferraz Junior, os conceitos jurídicos indeterminados manifestam vaguidade em seu conteúdo, de forma a não ser possível, a priori, apontar-lhes a extensão denotativa”. Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. p. 7

¹¹⁴ Grau entende que o Estado estaria autorizado a atuar nas seguintes hipóteses: (a) atuação para suprir insuficiência da oferta de determinados bens ou serviços; (b) para suprir insuficiência de oferta de determinados bens ou serviços; (c) para coibir situação de monopólio de fato; (d) para implementar a função social da propriedade (empresa) e a promoção do pleno emprego. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 251.

¹¹⁵ 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. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

De se dizer que, conforme fora mencionado nos capítulos anteriores, uma grande onda de desestatização de serviços públicos fora iniciada em meados da década de 1990. Essa onda atingiu a União e os diversos Estados-Membros da Federação, onde foram realizadas medidas efetivas de privatização de ativos públicos, bem como concessão de serviços públicos à iniciativa privada.

Importa esclarecer que a desestatização pode ser qualificada como um processo em que ocorre a retirada da presença do Estado do exercício de atividades atribuídas constitucionalmente à iniciativa privada ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência.

A desestatização é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas. Nas palavras de Oliveira¹¹⁶ a desestatização:

significa a redução ou a retirada da presença do Estado das atividades econômicas em sentido estrito, reservadas constitucionalmente à iniciativa privada, e da execução direta dos serviços públicos, nesse último caso, delegados ao mercado, por meio da concessão ou permissão. São espécies de desestatização a) desregulamentação: redução quantitativa das normas restritivas da atividade econômica; b) privatização: alienação do controle societário sobre determinada estatal à iniciativa privada; c) concessão/permissão: transferência da execução de serviços públicos, por contrato, ao mercado, preservando o Estado (Poder Concedente), a titularidade da atividade; d) terceirização: contratação de entidades privadas, normalmente mediante licitação, para prestação de serviços ao Estado.

Dito isso, o fato é que, gradativamente, o Estado adotou mecanismos para que deixasse de atuar como prestador de serviços propriamente dito (sobretudo, por meio de suas empresas estatais), e passasse a atuar como regulador e fiscalizador desses serviços prestados para a população.

É salutar que esse tipo de movimento por parte do Estado seja precedido por uma fase de planejamento para a transferência da prestação do serviço bem como observe as regras jurídicas vigentes no momento dessa transferência.

Nos próximos tópicos pretendemos elucidar quais modelos e regras legais são utilizadas pelo Estado na contratação e prestação de serviços públicos e de infraestrutura para a população.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 530.

4.1 LEGISLAÇÕES APLICÁVEIS PARA A CONSTRUÇÃO DA INFRAESTRUTURA PÚBLICA: O MODELO DE OBRAS PÚBLICAS

Inicialmente, importa aduzir que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República de 1988 estabeleceu que, como regra geral, obras, serviços, compras e alienações do Poder Público devem ser contratados mediante procedimento licitatório¹¹⁷.

Com base nesse mandamento constitucional, a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, instituiu normas gerais para as licitações e os contratos da Administração Pública. Referida legislação, durante quase de 30 (trinta) anos, disciplinou as bases regulatórias do denominado modelo tradicional de contratação de obras pelo Poder Público.

A licitação busca, em linhas gerais, a contratação de um objeto pretendido pela administração pública com vistas a satisfazer uma necessidade e/ou um interesse público, através de uma proposta vantajosa que deve ser selecionada por meio de um julgamento estabelecido por critérios objetivos. Em suma, se configura como um processo administrativo vinculado que é destinado a selecionar o interessado que proponha contratar nas melhores condições para a Administração Pública¹¹⁸.

Sobre o tema, Carvalho Filho¹¹⁹ ressalta que a licitação é:

o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

¹¹⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 197.

¹¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 226.

De se dizer que, quase dez anos após a publicação da Lei nº 8666/93, houve a edição da Lei nº 10.520, de 17 de Julho de 2002, que instituiu o pregão eletrônico para a aquisição de bens e serviços comuns por parte da Administração Pública. O diploma normativo em apreço trouxe mecanismos modernos, para os padrões até então vigentes em matéria de contratação pública.

A norma que originou o pregão eletrônico teve como fundamento basilar a necessidade de uma maior celeridade em relação às compras públicas, sendo considerados os meios tecnológicos vigentes à época¹²⁰, fazendo com que elas se alinhassem ao princípio constitucional de eficiência, inserido na norma constitucional pela Emenda Constitucional 19 de 1998. Nas palavras de Santos¹²¹:

O pregão inovou para determinar, em primeiro, o início do certame através de uma disputa em concreto sobre o objeto da licitação: a busca da proposta mais vantajosa para a Administração se dá através de uma proposta inicial, sucedida de lances verbais, com vista a uma proposta inicial, sucedida de lances verbais, com vista à redução dos preços de uma proposta inicial.

Em seguida, no ano de 2011, fora estabelecido o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei Federal nº 12.462, de 04 de agosto de 2011.

Essa nova sistemática buscou implementar melhorias no modelo de contratação tradicional, sendo aplicável, num primeiro momento, apenas às obras previstas para eventos futebolísticos que ocorreriam ao redor do Brasil entre 2013 e 2014 bem como para obras necessárias para realização dos Jogos Olímpicos de 2016, que tinham como sede o Estado do Rio de Janeiro¹²².

¹²⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

¹²¹ SANTOS, Volnei Moreira dos. **A Lei do Pregão no Município: uma visão prática e operacional**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008. p. 10.

¹²² BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014,

Em seguida, o escopo de aplicação da legislação fora ampliado para permitir o uso das regras para outras obras de infraestrutura bem como para outras ações e programas de governos específicos. Como apontado por Gasparini¹²³:

O RDC foi concebido com os objetivos legalmente declarados de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; e incentivar a inovação tecnológica.

Neste sentido, importa aduzir que o Regime Diferenciado de Contratação buscou dar uma maior dinâmica ao então modelo tradicional de contratação de obras públicas vigente.

O regime mencionado inseriu alguns aperfeiçoamentos que já haviam sido testados e aprovados na experiência brasileira recente, tais como os formatos eletrônicos (algo que já ocorreu no pregão eletrônico) e de disputa aberta em licitações, a inversão de fases de habilitação e julgamento, a unicidade de fase recursal, entre outros.

Em seguida, fora aprovada a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, também conhecida como Nova Lei de Licitações. Neste caso, a intenção do legislador foi a de buscar incorporar temas que estavam dispersos em diferentes legislações simultaneamente vigentes para condensar tudo num único diploma normativo¹²⁴.

Não resta dúvidas de que a aglutinação de regras num único diploma normativo possui o condão de trazer maior segurança jurídica para administradores e administrados haja vista que eventuais conflitos interpretativos e lacunas normativas são minimizados.

Vale apontar que foi previsto um prazo de transição de 2 (dois) anos em que as outras leis continuam vigentes paralelamente à nova Lei¹²⁵.

definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

¹²³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 575.

¹²⁴ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e Jurisprudência**. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021. p. 33.

¹²⁵ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 27 set. 2023. Art. 193. Revogam-se: I – os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de

De se dizer que todos os diplomas de contratação pública até aqui mencionados, incluindo a nova Lei de Licitações, possuem a lógica das contratações tradicionais de obras públicas como o substrato para subsidiar a construção da infraestrutura pública.

E nesta toada, o substrato lógico é o de que a construção de um ativo público, bem como sua manutenção e operação, no curto prazo, são executadas por um agente privado contratado. No entanto, no médio ou longo prazo, a responsabilidade de financiamento bem como a posterior manutenção e operação do referido ativo retornam ao setor público.

Outrossim, a Administração Pública precisa observar algumas regras atinentes a planejamento e previsão orçamentária. Do mesmo modo, precisam ser observados aspectos relacionados à matriz de risco do contrato a ser celebrado com o parceiro privado, mecanismos de garantia contratual, forma de pagamento do contrato e prazo contratual.

Desta forma, é fundamental que haja um projeto básico que sirva de guia para a administração pública contratar obras ou serviços num certame licitatório. Destaque-se que, no contexto das contratações públicas, o projeto básico é peça essencial¹²⁶, sendo presença obrigatória em quase todas as hipóteses de contratação por parte da administração pública¹²⁷. Por último, a Nova Lei de Licitações trouxe a vedação de que o autor de um projeto básico venha a participar no futuro do certame licitatório.

publicação desta Lei; II – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

¹²⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 27 set. 2023. Art. 6º, Inciso XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (...)

¹²⁷ A Nova Lei de Licitações dispensa a necessidade de projeto básico nos casos de contratação integrada, que é definida no inciso XXXII, art. 6º como o regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

Como dito, para além do projeto básico, se faz necessária a previsão orçamentária, que deve ter como parâmetro os preços costumeiramente praticados no mercado. O artigo 23 da referida lei traz em seu bojo as regras aplicáveis para fins de elaboração do referido orçamento.

Sobre o projeto básico e a previsão orçamentária, é importante fazer uma observação. Como se observará adiante, as regras delineadas para a contratação de projetos passíveis de concessão ou parcerias público-privadas permitem uma maior flexibilidade ao gestor público no momento da contratação.

Isto porque, referidos diplomas legais, que serão tratados posteriormente, não exigem a presença de um projeto básico anterior a contratação de um serviço de infraestrutura, mas sim um anteprojeto, no caso da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que trata das parcerias público-privadas, e de elementos de um projeto básico, no caso da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata das concessões de serviços públicos.

Do mesmo modo, referidos diplomas legais também permitem que a previsão orçamentária seja realizada de maneira sintética, com os custos sendo baseados em regras parametrizadas.

Acerca da alocação dos riscos, num primeiro momento, se faz importante definir que eles podem ser vistos como eventos desfavoráveis, imprevistos ou de difícil previsão que ocorrem durante a vigência do contrato e que oneram os custos de uma ou de ambas as partes¹²⁸.

Dito isto, percebe-se que tal tema é de suma importância dentro de um contrato haja vista que as partes buscam antever possíveis acontecimentos futuros e com isso estabelecem regras contratuais que servirão de guia para uma eventual repactuação econômico-financeiro do contrato.

De se dizer que esse balanceamento de riscos entre as partes, em última análise, serve para atribuir responsabilidades para a parte que tem melhores condições de lidar com o risco alocado, na eventualidade dele vir a ocorrer. Tal situação faz com que a parte a qual teve o risco atribuído a si envide esforços para reduzir a probabilidade da concretização dos riscos previstos.

¹²⁸ IRWIN, Timothy; KLEIN, Michel; PERRY, Guillermo; THOBANI, Mateen. **Dealing with Public Risk in Private Infrastructure: an overview**. Washington, DC: The World Bank, 1998. p. 1-19. (The World Bank Latin American and Caribbean Studies)

Neste sentido, apontam Ribeiro e Prado¹²⁹ que:

A distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato. Trata-se de antecipar e atribuir a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências de ocorrências futuras. Ao fazê-lo, o contrato gera incentivo para as partes adotarem, por um lado, providências para evitar ocorrências que lhes sejam gravosas (os riscos negativos) ou, pelo menos, as suas consequências – por exemplo, contratando seguros; e, por outro, estimula-as a agirem com o objetivo de realizar as situações que lhes são benéficas – por exemplo, no caso da parte prestadora de um serviço, a melhoria da qualidade do serviço, para aumento da demanda, e, portanto, das suas receitas operacionais.

Vale ressaltar que a Lei nº 8.666/93 não tratava do risco contratual de maneira tão detalhada como a nova Lei de Licitações¹³⁰. O tema passou a ser melhor explorado posteriormente em outros diplomas normativos, como a Lei de Parcerias Público-Privadas e no próprio Regime Diferenciado de Contratações. Entretanto, a nova lei de licitações, passou a tratar a questão dos riscos contratuais de maneira mais esmiuçada.

Diferentemente da lei nº 8666/93, a nova lei de licitações conceitua matriz de riscos logo em seu inciso XXVII do artigo 6º, que trata das definições dos termos utilizados pela nova regra¹³¹.

De uma maneira geral, a matriz de riscos é facultativa para as contratações a serem realizadas pela administração pública¹³². No entanto, a norma de licitações estabeleceu que ela seria obrigatória quando fossem realizadas contratações de

¹²⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômicos e jurídicos**. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 117.

¹³⁰ Por meio na alínea “d” do inciso II do artigo 65 c/c com o §5º do mesmo artigo 65 trazia hipóteses que de certa forma tinham o condão de possibilitar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O tema, no entanto, foi bem melhor explorado pela nova lei de licitações. Cf. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 27 set. 2023.

¹³¹ Art. 6º, Inciso XXVII, da Lei 14.133/2021 - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação (...). Cf. BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

¹³² O artigo 22 da referida lei aduz que o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

grande vulto assim como na hipótese de contratações integradas e semi-integradas¹³³.

De toda forma, o inciso X do artigo 18º da lei nº 14.133/2021 estabeleceu que o planejamento do processo licitatório deve conter a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual.

Desta forma, pode-se aduzir que a análise dos riscos é obrigatória, entretanto, a implantação da cláusula de matriz de riscos ficará sujeita aos resultados da análise de risco, sendo obrigatória, conforme já dito, nas hipóteses de contratações integradas e semi-integradas.

Ademais, a nova lei de licitações também se utilizou de um conceito previsto na Lei nº 8.987/95, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, que determina que desde que as condições do contrato e a matriz de alocação dos riscos sejam cumpridas, não há desequilíbrio contratual, pois os riscos foram assumidos por cada parte no momento da contratação¹³⁴.

Sobre as regras para alocação dos riscos, importa esclarecer que o artigo 103 do novo regime de licitações estabeleceu uma série de critérios que devem ser observados pela administração pública.

De uma maneira geral, percebe-se que neste tema a nova lei incorporou ao regime de obras publicas uma série de aspectos que já se observava em outros diplomas normativos que tratam de contratação de infraestrutura pública, como a lei de parcerias público-privadas e a lei de concessões, possibilitando para o regime tradicional de contratação de obra pública uma maior flexibilidade na atividade de alocação de riscos contratuais.

¹³³ Art. 6º, Inciso XXXII, da Lei 14.133/2021 - contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto; Inciso XXXIII - contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Cf. BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

¹³⁴ Art. 10 da Lei 8.987/1995: Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Cf. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm?origin=instituicao. Acesso em: 27 set. 2023.

Um outro tema importante que deve ser abordado é o da possibilidade de a administração pública exigir a prestação de garantias para a contratação de obras, serviços e fornecimentos. Neste sentido, o artigo 96 da referida legislação permite que o contratado opte por uma das modalidades de garantia ali previstas¹³⁵.

Mas é relevante mencionar que o tema das garantias não é matéria estranha aos regimes normativos que tratam de contratações de obras para infraestrutura pública. A grande novidade trazida pela novel legislação fora a inserção do mecanismo de *step in rights*¹³⁶ também conhecida como cláusula de retomada.

O mecanismo em si não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro eis que fora positivado, no ano de 2015, na Lei nº 13.097, que alterou a redação da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Lei de Concessões”) e da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (“Lei das PPPs”).

O referido mecanismo possibilita aos financiadores e garantidores de um projeto procederem à assunção do controle ou da administração temporária da concessionária contratada pela Administração Pública para promover sua reestruturação financeira, saneando o inadimplemento e/ou crise financeira incorrida pela concessionária, salvaguardando o crédito do financiador e assegurando a continuidade da prestação dos serviços¹³⁷.

É de se destacar que tal instrumento deve ser utilizado apenas em situações extremas, de grave inadimplemento da concessionária financiada, tendo em vista a intensidade da medida e as responsabilidades nas quais poderá incorrer o

¹³⁵ Art. 96 - A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia; II - seguro-garantia; III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil. Cf. BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

¹³⁶ Importante trazer os ensinamentos de José Virgílio Lopes Enei quando aponta que: “A expressão *step-in right* é uma simplificação da expressão *the right to step into the shoes of*, que pode ser traduzida como o direito de assumir a posição de alguém, de substituí-lo em determinado papel (literalmente, ‘calçar os sapatos de’).” Cf. ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 235.

¹³⁷ GARCIA, Flávia Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. **A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, p. 39-74, jan./mar. 2020

financiador, que geralmente não tem como sua atividade empresarial fim a operacionalização de ativos públicos, ao assumir o empreendimento.

Por fim, destaque-se que nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, o art. 99¹³⁸ da nova lei de licitações passou a determinar que caso haja a opção pela modalidade seguro-garantia, a cláusula de retomada é mandatória.

Um outro ponto de extrema importância na contratação de obras para infraestrutura pública realizada pelo modelo tradicional que merece ser ressaltado é o do financiamento. Isto porque, de acordo com a Lei nº 8.666/93, era proibido inserir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução¹³⁹.

Sobre o tema, embora a nova lei não tenha reproduzido a mesma vedação, houve a inserção de requisitos contratuais, ao longo do artigo 92, que permitem inferir que não há possibilidade de se obter recursos financeiros através do objeto da licitação, devendo a Administração Pública arcar com os pagamentos ao particular contratado para a execução de uma obra pública, abrandando a necessidade deste particular contratado prover qualquer tipo de financiamento para a conclusão da obra.

Tal situação é bem distinta do que ocorre quando há uma licitação para a concessão de obra ou serviço público ou mesmo para uma parceria público-privada. Isto porque, as regras que regem tais atividades permitem que tanto o edital quanto o contrato exijam que as obras públicas estejam prontas para que o particular contratado possa auferir suas receitas, seja através de pagamentos públicos seja através de exploração do ativo construído.

¹³⁸ Art. 99 - Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato. Cf. BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

¹³⁹ Art. 7º—As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: §3º—É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica. Cf. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 27 set. 2023.

Assim, percebe-se que enquanto no modelo tradicional de obras públicas o financiamento é público, através de pagamentos por parte da administração pública, nas concessões e parcerias público-privadas o financiamento da construção dos ativos deve ser arcado pelo vencedor da licitação¹⁴⁰.

Por último, importa dizer que no modelo tradicional de obras públicas os contratos possuem prazos significativamente inferiores quando comparados aos contratos de parcerias público-privadas ou em concessões.

De maneira geral, em seu capítulo V, a nova lei de licitações estabelece prazos de até 5 (anos) anos para os contratos por ela regidos. No entanto, existem alguns tipos de contratos onde podemos observar prazos de 10 (dez) anos e de até 35 (trinta e cinco) anos¹⁴¹.

Esses casos foram previstos para contratos que fossem geradores de receitas ou em razão da necessidade de tempo para que fosse possível a amortização de investimentos realizados pelo contratado. São modelos contratuais que terminam por se assemelhar aos contratos de parcerias público-privadas e de concessão, que possuem prazos significativamente altos.

Trata-se de uma inovação da nova lei de licitações, que possibilitou soluções para estruturação de contratos de longo prazo, com investimentos privados, possibilitando o financiamento privado, sem a necessidade de recorrer aos modelos de concessão ou de parcerias público-privadas.

Esses novos modelos de contratos apresentam uma sistemática jurídica e econômica significativamente próxima dos modelos previstos para casos de concessões ou parcerias público-privados tendo em vista que possibilitam a realização de investimentos volumosos por parte do contratado *a priori*, e por conta disso são previstos prazos mais elásticos visando possibilitar que o particular recupere valores de amortização e remuneração do investimento realizado¹⁴².

¹⁴⁰ Vale ressaltar que em alguns casos são permitidos aportes públicos em parcerias público-privadas. No entanto, devem ser observados alguns requisitos legais para que isso ocorra, diferentemente do modelo tradicional onde a regra é o pagamento da construção por parte do setor público.

¹⁴¹ Art. 110, Lei 14.133/2021 - Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de: I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento; II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato. Cf. BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

¹⁴² DANTAS, Rafael Silva. **Parceria público-privada sob a égide da nova Lei de Licitações**. In:

4.2 REGRAS ATINENTES AOS MODELOS DE CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Conforme já fora descrito ao longo dessa tese, a partir da década de 1990, houve um movimento significativo de desestatização no Brasil. Além disso, a política de defesa da concorrência foi fortalecida e foram criadas agências reguladoras para conferir agilidade e qualidade à regulação dos serviços recém-desestatizados.

Disto isto, importa pontuar inicialmente que o Estado Brasileiro se organiza em um sistema federativo que é composto pela União, Estados, Distrito Federal e os Municípios. Assim, cada um desses entes federativos possui competências legislativas e administrativas próprias, que são delimitadas pela Constituição Federal de 1988.

Nesta linha, no que se atine a competência legislativa, a Carta Magna de 1988 estabelece que compete privativamente à União a edição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos¹⁴³, ¹⁴⁴. E com base em tal prerrogativa constitucional, a União também se credencia para legislar sobre os temas das concessões e parcerias público-privadas eis que tais tipos jurídicos se amoldam nas temáticas de licitações e contratos administrativos.

Vale ressaltar que, as normas gerais editadas pela União podem ser suplementadas pelos Estados e Municípios, desde que não haja afronta ao seu conteúdo normativo originário. Como bem apontado por Moreira Neto¹⁴⁵:

CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). São Paulo, 25 dez. 2022. Website. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-25/rafael-dantas-ppps-egide-lei-licitacoes2/>. Acesso em: 06 dez. 2023.

Sobre o tema, já é possível identificar editais se valendo do uso desse novo mecanismo para contratação de serviços de infraestrutura.

¹⁴³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. Cf. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

¹⁴⁴ A norma geral de licitação, de competência da União, pode ser vista como uma norma nacional, que vincula todos os entes da federação. Nas palavras de Kelsen “As normas nacionais vinculam apresentam validade pessoal para todos os entes federados; já as normas tidas como federais, vinculam somente a União, geralmente voltadas para seu corpo administrativo, como seus servidores ou sua própria regulação administrativa”. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Recaséns Siches e Justino de Azcarate. Barcelona: Ed Bosch, 1934. p. 435.

¹⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência Concorrente Limitada. O Problema da Conceituação das Normas Gerais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.

Assim, sendo, é de se ressaltar que os entes federados podem, dentro de uma perspectiva de organização administrativa, estipular regras adicionais às normas gerais que forma editadas pela União, que passarão a ter vigência em seu território, e que balizará uma possível estruturação de um projeto que venha a se tornar um contrato de concessão ou de parceria público-privada.

Outrossim, no âmbito da competência material, a constituição atribui uma série de tarefas que devem ser implementadas pelos entes federativos. Se extrai dessas regras que devem ser realizadas condutas administrativas por parte dos entes que envolvam atividades de coordenação, planejamento e fiscalização visando garantir a efetividade dos temas tratados pela norma constitucional.

Adicione-se que tais atividades estão inseridas nas atividades regulatórias do Estado, que deve ser efetivada pelos entes da federação e, estes, através de uma intervenção estatal direta ou indireta, editam normas ou praticam atos visando alcançar determinados objetivos que se alinham com as políticas públicas que se quer atingir¹⁴⁶.

Assim, num processo de estruturação de um projeto para que um ativo público vá a leilão, para além das normas gerais editadas pela União, deve-se identificar qual ente federativo detém a competência material adequada para implementar e gerir a atividade objeto de tal projeto de concessão ou parceria público-privada.

Nesta linha, a União editou duas normas que trazem regras gerais para concessões e parcerias público-privadas. Num primeiro momento tivemos a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal.

¹⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-30, abr./jun. 2002.

Em seguida, fora editada a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Como dito antes, tais normas são aplicáveis para todos os entes federativos, independentemente do setor.

Essas normas editadas pela União, convivem em harmonia com outras normas estaduais e municipais que tratam acerca das concessões e parcerias público-privadas, e que também serão aplicáveis aos projetos estruturados pelo respectivo ente federativo editor de uma norma com tal escopo.

Ademais é de se destacar que, além das normas gerais, que podem ser suplementadas pelos entes federativos, outras regras normativas setoriais, editadas pelos entes responsáveis pela atividade/serviço/bem, poderão prever regras específicas para a prestação da atividade, serviço ou uso do bem pela iniciativa privada, por meio de concessão, devendo o administrador público ficar atento para regular observância de todas as regras que permeiam o tema a ser tratado.

Feita essa breve digressão acerca das competências constitucionais, que são afetas ao tema das concessões e das parcerias público-privadas, importa trazer os conceitos dessas figuras jurídicas que serão essenciais ao desenvolvimento desta tese.

Assim, é de se aduzir que a ideia de parcerias entre o setor privado e a Administração Pública não é um tema novo no Brasil. Tanto as concessões como as parcerias público-privadas são mecanismos que permitem ao setor público e ao setor privado trabalharem juntos para fornecer infraestruturas e serviços públicos.

As concessões e parcerias público-privadas são lastreadas em um contrato¹⁴⁷ entre uma entidade pública, como um governo, e uma entidade privada, como uma empresa.

O setor privado, de maneira geral, é responsável por financiar, construir e operar uma infraestrutura ou serviço público, enquanto o setor público mantém a supervisão e controle geral através de seus mecanismos regulatórios.

¹⁴⁷ Sobre o tema, é importante trazer as distinções entre outorga e delegação realizadas por Meirelles. De acordo com o autor, “Há outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública. Há delegação quando o Estado transfere, por contrato (concessão ou consórcio público) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta em risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal”. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 341.

No Brasil, o conceito ao instituto jurídico da concessão foi trazido pelos incisos II e III do artigo 2º da Lei Federal nº 8.987/1995¹⁴⁸, que diferencia as concessões de serviço público das concessões de serviço público precedida da execução de obra pública.

Justen Filho¹⁴⁹ ensina que:

a concessão é um instrumento de implementação de certas políticas públicas. Não é pura e simplesmente uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Muito mais do que isso, é uma alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais.

Acerca das PPPs, é importante afirmar que a Lei nº 11.079/2004 as qualificou no seu artigo 2º como um contrato administrativo de Concessão que pode ser realizado sob a modalidade administrativa ou patrocinada.

E em seguida, através dos parágrafos §1º e §2º do mesmo artigo 2º, a mencionada legislação conceituou Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa, deixando de fora do escopo do conceito de PPPs as Concessões Comuns previstas na Lei nº 8.987/95¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Art. 2º—Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. Cf. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm?origin=instituicao. Acesso em: 27 set. 2023.

¹⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 58-59.

¹⁵⁰ 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 nº 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 nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Cf. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

De forma geral, assim como as Concessões, as PPPs podem ser vistas como uma iniciativa que busca cooperação entre os setores público e privado, que é construída por meio da experiência já adquirida por cada parceiro, de forma a melhor atender as necessidades públicas, através da distribuição adequada de recursos, riscos e remuneração.

Assim, ambos instrumentos jurídicos visam a coparticipação entre autoridades públicas e operadores privados econômicos, e tem como grandes objetivos financiar, construir, renovar ou operar uma infraestrutura ou a prestação de um serviço público.

Carvalho Filho¹⁵¹ aponta que:

Dentro dos objetivos da lei, pode o contrato de concessão especial sob regime de parceria público-privada ser conceituado como o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e ganhos entre os pactuantes.

Vale ressaltar que as Concessões e PPPs possuem uma lógica jurídico-econômica peculiar. Isto porque, ao contrário da regra geral prevista nos contratos de obra tradicionais, a remuneração das concessionárias privadas nestes tipos de instrumentos está frequentemente vinculada ao seu desempenho, incentivando a eficiência e a qualidade dos serviços.

Como já fora apontado anteriormente, os prazos dos contratos celebrados são longos, não havendo limite legal estabelecido, *a priori*, para as chamadas concessões comuns. Já nas PPPs, há uma limitação legal de 35 anos, já incluídas eventuais prorrogações.

De se dizer também que a contratação de uma empresa concessionária é baseada em elementos de projeto básico, no caso das concessões comuns, e de anteprojeto, no caso das PPPs. Mas o fato é que o foco dos contratos está nas obrigações de resultado, em vez dos meios para alcançar o resultado desejado. Assim, Indicadores de desempenho são definidos para melhor avaliar e gerenciar a qualidade dos serviços prestados pelo parceiro privado¹⁵².

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 288.

¹⁵² PINHEIRO, Armando Castelar. **Um framework para Analisar Modelos de Estruturação de**

Sendo assim, a minuta do contrato prevista num edital de licitação deve especificar claramente quais são as expectativas em torno da concessionária em termos da qualidade e quantidade de bens e serviços a serem providos, não necessitando apontar quais caminhos são necessários para se chegar naquele fim desejado. Isto porque, o diferencial desses instrumentos é justamente possibilitar que o desempenho seja medido sob a lógica de resultados e não pela lógica dos processos intermediários

Ainda é de se dizer que existem riscos inerentes a qualquer contrato, e as Concessões e PPPs não são exceção. Como dito anteriormente, a alocação de riscos é um aspecto crucial tanto nas contratações de modelo tradicional como nas Concessões e PPPs, e os riscos devem ser alocados de forma a maximizar a eficiência e minimizar as perdas¹⁵³. E para tanto, o planejamento é fundamental. Como apontado por Perez¹⁵⁴:

O planejamento, esclareça-se, não tem o condão de eliminar os riscos de uma concessão. Sua virtude encontra-se em prevê-los e equacioná-los, tendo em vista a preservação dos fins da concessão e a solução dos impasses criados na eventualidade da sua eclosão. (...) o planejamento, portanto, é de fundamental importância, na medida em que tende a reduzir os conflitos ao longo da execução do contrato de concessão, aumentando o seu grau de estabilidade.

Desta forma, tanto a Administração Pública como a concessionária privada devem realizar seus planejamentos e se utilizar de mecanismos e instrumentos para mitigar os riscos, como seguros, garantias e sistemas de pagamento vinculados ao desempenho.

Outro ponto a se destacar é que tanto as Concessões como as PPPs podem ser úteis quando os recursos orçamentários são limitados. Principalmente se levarmos em consideração que, após a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016¹⁵⁵, que estabeleceu um novo regime fiscal denominado teto de gastos,

Projetos do Setor Público. In: PINHEIRO, Armando Castelar et al. (org.). **Estruturação de projetos de PPP e Concessão no Brasil: diagnósticos do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento.** São Paulo: International Finance Corporation, 2015. p. 35-56.

¹⁵³ PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil.** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 247-279, mar./abr. 2016.

¹⁵⁴ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviços públicos.** 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 121.

¹⁵⁵ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016.** Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal e dá outras

limitou o crescimento das despesas primárias da União, restringindo, desta maneira, investimentos públicos com recursos orçamentários em infraestrutura¹⁵⁶.

Por tal razão, apostar em novos formatos que não envolvam a necessidade de grandes aportes de recursos orçamentários, como Concessões e PPPs, é fundamental para a construção de ativos públicos. No entanto, a questão orçamentária não deve ser a única razão para escolher um desses modelos de contratação. A escolha deve ser baseada em uma análise de eficiência, considerando se a Concessão ou PPP seria mais eficiente que a contratação tradicional de obras públicas.

E podemos visualizar várias características das Concessões e PPPs que podem gerar ganhos de eficiência significativos. Por exemplo, essas parcerias evitam atrasos e desmobilizações devido a restrições orçamentárias, algo que tem o condão de ensejar um aumento significativo do custo de uma obra.

Do mesmo modo, esses instrumentos permitem uma contratação conjunta de serviços de construção, manutenção e operação de um ativo público, o que termina por evitar comportamentos oportunistas por parte de parceiros privados¹⁵⁷.

Por último, as Concessões e PPPs permitem a liberdade na escolha de materiais e soluções tecnológicas para atingimento das finalidades objetivadas pelo contrato administrativo com a concessionária privada, algo que pode trazer ganhos significativos tanto para a administração pública como para os administrados¹⁵⁸.

Portanto, conforme visto, apesar dos benefícios, também existem desafios ao implementar Concessões e PPPs. E o planejamento para a estruturação dos

providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹⁵⁶ NUNES, Bartira Tardelli; MACHADO FILHO, Manoel Renato. **Contratação de projetos de infraestrutura: o fundo federal de apoio às concessões e parcerias público-privadas de entes subnacionais**. In: SILVA, Mauro Santos et al (Org). **Concessões e Parcerias Público-Privadas: Políticas Públicas para Provisão de Infraestrutura**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2022. p. 206-235

¹⁵⁷ Sobre o tema, podemos mencionar os problemas decorrentes de assimetria de informação como o risco moral (*moral hazard*). Como ensina NOBREGA “No Moral Hazard, o agente passa a ter uma informação privilegiada depois da assinatura do contrato e pode usá-la para atendimento de seu interesse próprio, mesmo que em detrimento do interesse do principal”. Cf. NOBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Contratos Incompletos e infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 18, p. 8-9, maio/jun./jul. 2009.

¹⁵⁸ ALBUQUERQUE, Romero Paes Barreto. **A Utilização de Big Data no Desenvolvimento de Projetos de Concessão no Âmbito da Administração Pública**. In: NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira; COCENTINO, Nathalia Nóbrega et al (Org). **Direito Administrativo e Administração Pública Digital**. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 87-107.

projetos é fundamental para o sucesso da empreitada. No item a seguir, abordaremos as opções de planejamento para estruturação de projetos de infraestrutura para o setor público.

4.3 ALTERNATIVAS PARA A ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS DE CONCESSÕES E PPPS PARA O SETOR PÚBLICO

O planejamento, estruturação e execução de projetos para concessões e parcerias público-privadas (PPPs) são processos intrincados e complexos. Essas etapas envolvem uma variedade de aspectos jurídicos, econômicos, operacionais e ambientais que requerem uma abordagem sistemática e uma colaboração estreita entre o setor público e o privado.

A inspiração para a realização desse tipo de projeto advém de países cuja experiência nesse tipo de modelo de construção de infraestrutura é significativa e volumosa. Neste sentido, podemos apontar países^{159, 160, 161} como o Reino Unido¹⁶², a Austrália¹⁶³, a Nova Zelândia, o Canadá e alguns países da União Europeia¹⁶⁴ como referências para o planejamento e a estruturação de projetos de Concessões e PPPs.

¹⁵⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). **Legislative guide on privately financed infrastructure projects**. New York: United Nations, 2001. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/pfip-e.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹⁶⁰ HODGES, John T; DELLACHA, Georgina. **Unsolicited infrastructure proposals: how some countries introduce competition and transparency**. Gridlines Discusses, Washington, n. 19, mar. 2007. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/pt/publication/documents-reports/documentdetail/895161468313861433/unsolicited-infrastructure-proposals-how-some-countries-introduce-competition-and-transparency>. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹⁶¹ WORLD BANK GROUP. **Policy Guidelines For Managing Unsolicited Proposals In Infrastructure Projects**: Guidelines For The Development Of A Policy For Managing Unsolicited Proposals In Infrastructure Projects. v. 2. [S. l.]: World Bank Group; [S. l.]: PPIAF, 2018. p. 5-8.

¹⁶² EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE. United Kingdom – England: **PPP Units and Related Institutional Framework**. [S. l.: European PPP Expertise Centre], 2012. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epcc/epcc_uk_england_ppp_unit_and_related_institutional_framework_en.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹⁶³ CHEW, Andrew. **Use of Unsolicited Proposals for New Projects: the Approaches in Australia**. European Procurement & Public Private Partnership Law Review, Berlim, v. 10, n. 1, p. 29-34, 2015. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26695036>. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹⁶⁴ EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE. **Role and use of advisers in preparing and implementing PPP projects**. [S. l.: European PPP Expertise Centre], 2014. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epcc/epcc_role_and_use_of_advisers_en.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

De uma maneira geral, são identificados os modelos denominados de propostas solicitadas ou propostas não solicitadas, comumente conhecidas como *solicited proposals* ou *unsolicited proposals*, respectivamente.

O modelo de propostas solicitadas é o principal instrumento para estruturar projetos em países de referência. Nesse modelo, o governo identifica e prepara o projeto, desenvolvendo um estudo de viabilidade robusto com o apoio de consultores externos ao setor público, contratados desde o início do processo.

Por outro lado, podemos referenciar também as denominadas propostas não solicitadas, que são projetos concebidos pelo mercado privado.

Neste mecanismo, um potencial licitante, interessado na construção de uma infraestrutura pública, identifica e prepara um projeto desenvolvendo todos os estudos necessários para iniciar o procedimento licitatório, e os fornece para a Administração Pública, que pode se utilizar dos estudos produzidos para preparar realizar uma licitação de um determinado ativo público.

Vale ressaltar, entretanto, que independentemente do modelo adotado, os setores da Administração Pública que quedaram responsáveis pela implantação de um projeto para a construção de uma infraestrutura pública possuem uma tarefa prévia bastante robusta antes de iniciar um procedimento licitatório.

Esses esforços terminam por resultar num estudo detalhado que serve como subsídio para a realização das contratações públicas por meio de licitação. Todo esse trabalho anterior ao procedimento licitatório visa diminuir uma eventual assimetria de informações entre a administração pública e possíveis parceiros privados, naturais candidatos no certame licitatório.

É de se ressaltar, no entanto, que os países tomados como referência na estruturação de grandes projetos de infraestrutura possuem, geralmente, recursos técnicos e humanos com uma maior capacidade de realizar uma análise mais acurada deste tipo de projeto.

Isto porque, por terem formado uma carteira robusta, com muitos projetos, terminaram por incorporar maior experiência e especialidade para suas equipes de servidores governamentais. Ainda assim, podemos perceber que esses países também se utilizam de consultores externos que os auxiliam na análise de grandes projetos¹⁶⁵.

¹⁶⁵ EUROPEAN INVESTMENT BANK. **EPEC PPP Guide: Project Cycle**. [S. l.: European Investment

Em razão disso, na grande maioria dos países de referência, por existir uma estrutura governamental com capacidade de análise de grandes projetos, não há utilização do modelo de propostas não solicitadas.

Entretanto, é de se dizer que em países com uma menor maturidade institucional na estruturação de grandes projetos para a construção de infraestrutura pública, as propostas não solicitadas desempenham um papel bastante relevante.

Isso ocorre pois muitas das vezes, os países com menos maturidade e expertise nestas soluções recorrem aos potenciais licitantes para a preparação do projeto, principalmente devido à falta de capacidade técnica e financeira para preparar propostas solicitadas.

No entanto, importa destacar que os riscos de assimetria de informação e, conseqüentemente, de captura de interesses públicos por interesses privados se potencializam¹⁶⁶.

No Brasil, um instrumento que possui certa similaridade com o modelo das propostas não solicitadas e que também é utilizado como um mecanismo para estruturação de projetos no setor de infraestrutura é o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI).

Inicialmente, é de se dizer que o PMI é um chamamento público que possibilita a realização de estudos sobre projetos de interesse público em colaboração com a iniciativa privada.

Dessa forma, os interessados, atendendo a um chamado da administração pública, apresentam propostas e informações sobre determinado projeto a ser desenvolvido.

Nos dizeres de Gortti e Saadi¹⁶⁷:

bank, 2021]. Website. Disponível em: <https://www.eib.org/en/readonline-publications/epec-ppp-guide-project-cycle#title-2>. Acesso em: 10 jan. 2024.

¹⁶⁶ Um estudo do World Bank em 2007 aponta que “as propostas não solicitadas também colocam desafios e riscos, especialmente quando os projetos são negociados com o proponente original sem transparência suficiente”. Cf. HODGES, John T; DELLACHA, Georgina. **Unsolicited infrastructure proposals: how some countries introduce competition and transparency**. Gridlines Discusses, Washington, n. 19, mar. 2007. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/pt/publication/documents-reports/documentdetail/895161468313861433/unsolicited-infrastructure-proposals-how-some-countries-introduce-competition-and-transparency>. Acesso em: 10 jan. 2024.

¹⁶⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. **O procedimento de manifestação de interesse**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 153-176.

O hodiernamente denominado —Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI configura-se como instrumento pelo qual pessoas físicas e jurídicas formalizam seu interesse em propor estudos, projeto e soluções para o Poder Público, com o objetivo de embasar a realização de licitações para outorga de concessões ou permissões.

Diga-se ainda, que se trata de um procedimento administrativo de natureza consultiva. Ele permite que a administração pública conceda a oportunidade para que particulares elaborem modelagens para a estruturação da delegação de utilidades públicas.

Mais especificamente, a administração pública lança e conduz um edital de chamamento público para que os interessados sejam autorizados a apresentar estudos e projetos específicos, conforme diretrizes pré definidas pela própria administração.

O principal objetivo do PMI é o de promover estudos de viabilidade, investigações, coleta de dados e informações técnicas para projetos de Concessões e PPPs¹⁶⁸.

Vale ressaltar que o PMI é uma etapa anterior às licitações. Após o órgão divulgar o PMI, o interessado apresenta a proposta e, depois da fase de licitação, a empresa que tiver seus estudos selecionados será ressarcida pelos custos incorridos durante a sua elaboração.

O PMI é regido pelo Decreto Federal nº 8.428 de 02 de abril de 2015 e, até o ano de 2019, era aplicável a projetos de PPP, Concessão ou Permissão de Serviços Públicos, Arrendamento de Bens Públicos ou Concessão de Direito Real de Uso. Com a alteração feita pelo Decreto Federal nº 10.104, de 06 de novembro de 2019, o PMI foi ampliado para a apresentação de estudos de desestatização de empresa e contratos de parceria.

Vale apontar, no entanto, que o PMI, em que pese cumprir um importante papel em ambientes institucionais que não possuem uma adequada maturidade na estruturação de grandes projetos para a construção de ativos públicos, não traz consigo uma garantia de efetividade de resultado¹⁶⁹.

¹⁶⁸ GARCIA, Flávio Amaral. **A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: o procedimento de manifestação de interesse**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 67-81, abr./jun. 2013.

¹⁶⁹ Num levantamento realizado pela Radar PPP no ano de 2016, a taxa de conversão de PMI em

Um outro instrumento para a estruturação de projetos de Concessão e PPPs são as chamadas *Facilities*. As *Facilities* são plataformas criadas por bancos de desenvolvimento regionais ou nacionais bem como organismos multilaterais para fornecer apoio técnico e financeiro à preparação de projetos de Concessões e PPP.

As *Facilities* são um importante instrumento para a administração pública no que diz respeito ao planejamento de ações setoriais, em desenho de projetos de infraestrutura bem como na capacitação de servidores públicos que irão lidar com estudos complexos de viabilidade econômico e financeira de projetos de infraestrutura e que também realizarão atividades relacionadas com a fiscalização de contratos de longo prazo eventualmente firmados.

Vale ressaltar que até mesmo as *Facilities* se utilizam de consultores técnicos externos aos seus quadros técnicos. Isto porque, a estruturação de um projeto de infraestrutura exige conhecimentos em áreas diversas, que demanda a alocação de uma equipe técnica multidisciplinar, com profissionais de várias esferas do conhecimento. Assim, nem sempre é possível ter um quadro técnico fixo e especialista em todos os temas dos diversos setores da infraestrutura.

No Brasil, alguns entes estatais possuem *expertise* na atuação como *Facilities*. Podemos a Empresa de Planejamento e Logística S.A (EPL) bem como as equipes de estruturação dentro do Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES)¹⁷⁰ e da Caixa Econômica Federal (CEF).

Por último, vale ressaltar a importância da construção, por parte de entes da administração pública, de unidades permanentes dentro de suas estruturas para desenvolver e gerir contratações bem como fiscalizar contratos que se relacionam a ativos públicos de infraestrutura.

projetos contratados era abaixo de 8%. Cf. RADAR PPP. **PPP Summit 2016: Rumo aos 100 contratos: Sumário Executivo de dados do mercado de PPPs**. São Paulo: Radar PPP, 2016. 29 p. Disponível em: <https://www.radarppp.com/biblioteca/ppp-summit-2016-rumo-aos-100-contratos-sumario-executivo-de-dados-do-mercado-de-ppps/>. <https://www.radarppp.com/wp-content/uploads/201606-sumario-executivo-ppp-summit.pdf>. Acesso em 12 jan. 2024.

¹⁷⁰ Sobre o BNDES, importa informar que essa Estatal ganhou recentemente um prêmio de maior estruturador de projetos do mundo. Cf. ALBUQUERQUE, Romero Paes Barreto de; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. **O BNDES e as inovações nas contratações públicas: como mudar incentivos pode maximizar a eficiência**. [S. l.], 05 mar. 2022. Blog Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/bndes-inovacoes-contratacoes-publicas-05032022>. Acesso em: 16 jan. 2024.

Com isso, se permite uma governança mais direta por parte da administração pública das premissas e dos resultados dos estudos dos ativos que se quer construir, manter ou operar.

De se dizer que, ainda que a solução interna criada na estrutura do próprio governo não tenha condições de responder a todo o desafio técnico inerente à preparação e planejamento de um projeto envolvendo um grande ativo público, o desenvolvimento de equipes dentro da própria estrutura governamental pode ser importante para que haja uma coordenação das estratégias de governo no setor de infraestrutura.

Certamente, as equipes internas bem desenvolvidas, mesmo que adotem os mecanismos aqui tratados como as propostas não solicitadas, procedimentos de manifestação de interesses ou contratação de *Facilities*, terão plena condições de realizar um melhor planejamento bem como de efetuar uma análise mais acurada de um projeto de infraestrutura, principalmente num setor como o saneamento, que demanda planejamentos bem estruturados em razão da complexidade tanto regulatória como infraestrutural, como se verá nos capítulos seguintes.

5 A IDEIA INICIAL ACERCA DO SANEAMENTO BÁSICO

Inicialmente, é de se dizer que o saneamento básico é essencial para o desenvolvimento de um país, haja vista sua capacidade de contribuir para diversos setores da sociedade. Isto porque, o saneamento básico tem um impacto profundo na qualidade de vida, saúde, educação, trabalho e meio ambiente, exigindo a atuação de múltiplos agentes em uma ampla rede institucional.

Desta forma, investimentos em saneamento básico tem o condão de contribuir com a melhoria da qualidade de vida da população, com avanços na educação, para a expansão do turismo bem como para a despoluição dos rios e preservação dos recursos hídricos.

De se dizer que, no Brasil, essa área continua marcada por grandes desigualdades e um significativo déficit de acesso, principalmente em relação à coleta e tratamento de esgoto¹⁷¹.

Vale ressaltar que a ausência da prestação adequada dos serviços de saneamento básico, além de comprometer o princípio constitucional da dignidade humana, gera graves consequências para a saúde pública, contribuindo para a propagação de doenças como a dengue, a leptospirose e a diarreia.

Tais doenças terminam por impactar diretamente a qualidade de vida da população tendo em vista que afetam transversalmente seu dia a dia eis que geram rebatimentos na educação e no próprio mercado de trabalho na medida em que, por conta de doenças causadas por uma má prestação ou até mesmo ausência de prestação de serviços, as pessoas terminam por se afastar da escola ou do seu trabalho.

A relevância do tema é corroborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que em 2009 classificou a falta de saneamento básico como o décimo primeiro fator de risco, sendo uma causa significativa de mortes no mundo. Em resposta a essa situação, a Organização das Nações Unidas (ONU), em 28 de julho de 2010, reconheceu a urgência do tema e elevou o acesso à água limpa e ao

¹⁷¹ LEONETI, Alexandre Bevilacqua; PRADO, Eliana Leão do; OLIVEIRA, Sonia Valle Walter Borges de. **Saneamento básico no Brasil: considerações sobre investimentos e sustentabilidade para o século XXI**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 331-48, mar./abr. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/KCkSKLRdQVCm5CwJLY5s9DS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 jun. 2024.

saneamento básico à categoria de direitos humanos universais, considerados fundamentais para a prevenção de doenças¹⁷².

Na época, a Assembleia Geral da ONU destacou que aproximadamente 900 milhões de pessoas no mundo não tinham acesso à água potável segura. O acesso aos serviços de saneamento também é um dos Objetivos do Milênio da ONU¹⁷³.

Diante disso, é crucial que essa discussão seja incluída na agenda de ações prioritárias dos governos, merecendo um tratamento de política de Estado para promover a saúde coletiva e integrando-se a um projeto de desenvolvimento nacional. Além disso, é essencial que o tema seja objeto de diversas pesquisas para aprimorar a elaboração de políticas públicas e contribuir para a fiscalização e o controle das políticas existentes¹⁷³.

É importante mencionar também que, de acordo com relatório produzido pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2019, em que pesem os avanços ocorridos entre 2000 e 2017, os países devem dobrar seus esforços para alcançarem o acesso universal até 2030¹⁷⁴.

Não à toa, foram estabelecidos pela Organização das Nações Unidas os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, também denominados ODS, que são uma coleção de 17 interligados objetivos globais e 169 metas, criados em 2015, como parte da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável¹⁷⁵.

Os ODS pretendem ser um "plano de ação azul" para alcançar um futuro melhor e mais sustentável para todos até o ano de 2030. Os ODS abrangem uma ampla gama de questões sociais e ambientais, incluindo pobreza, fome, saúde,

¹⁷² LOBO, Rodrigo Luiz Nascimento. **O saneamento básico no Brasil: um estudo sobre a distribuição de investimentos públicos federais nas cidades médias entre 2004 e 2013**. 2016. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.. Disponível em: <https://objdig.ufrj.br/42/teses/859334.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2024.

¹⁷³ LOBO, Rodrigo Luiz Nascimento. **O saneamento básico no Brasil: um estudo sobre a distribuição de investimentos públicos federais nas cidades médias entre 2004 e 2013**. 2016. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.. Disponível em: <https://objdig.ufrj.br/42/teses/859334.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2024.

¹⁷⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Progress on household drinking water, sanitation and hygiene 2000-2017: Special focus on inequalities**. New York: World Health Organization. 2019. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789241516235>. Acesso em: 31 jan. 2024.

¹⁷⁵ UNICEF. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável: ainda é possível mudar 2030**. Brasília, DF, [200-]. Website. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em 31 jan. 2024.

educação, mudança climática, igualdade de gênero, água, saneamento, energia, urbanização, meio ambiente e justiça social¹⁷⁶.

Neste sentido, como visto, a temática do saneamento básico é contemplada e diretamente relacionada ao ODS 6, que visa "assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos". Referida meta é crucial e tem rebatimentos em outros ODS.

No ODS 3, que trata de questões relacionadas à Saúde, o saneamento inadequado está associado a doenças transmitidas pela água, tais como cólera, diarreia, hepatite A, e febre tifoide.

No ODS 11, que trata do tema de Cidades e Comunidades Sustentáveis, é exposto que a falta de urbanização inclusiva e sustentável, com acesso ao saneamento básico afeta a dignidade pessoal e pode ser especialmente perigosa para pessoas em situação de vulnerabilidade.

No ODS 4, que tem como objetivo a Educação de qualidade, é posto que se faz necessário construir e melhorar as instalações físicas para a educação, garantindo que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável.

No entanto, sem as condições de saneamento adequadas, os impactos relacionados à desnutrição e ao atraso no crescimento em crianças, podem afetar seu desenvolvimento físico e cognitivo.

O saneamento também tem efeitos no ODS 8, que se relaciona com o trabalho decente e o crescimento econômico tendo em vista que as condições de saneamento insuficientes podem impactar a economia local, pela perda de produtividade devido a doenças e o custo adicional em saúde pública.

Em relação ao ODS 13, que trata da Ação contra a Mudança Global do Clima, que naturalmente impactam o Meio Ambiente, é importante elencar que os sistemas de saneamento mal administrados possuem o condão de poluir corpos d'água, prejudicando ecossistemas e biodiversidade, aumentando os riscos de catástrofes naturais nos países.

Vale ressaltar que existem metas específicas dentro dos objetivos relacionados ao saneamento. Dentre elas:

¹⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Brasília: Casa ONU Brasil, 2024. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 31 jan. 2024.

6.1 Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável segura e acessível para todos.

6.2 Até 2030, alcançar o acesso a serviços de saneamento e higiene adequados e equitativos para todos e acabar com a defecação a céu aberto, prestando atenção especial às necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação vulnerável.

6.3 Até 2030, melhorar a qualidade da água, reduzindo a poluição, eliminando despejos e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzindo pela metade a proporção de águas residuais não tratadas e aumentando substancialmente a reciclagem e reuso seguro globalmente.¹⁷⁷

Para que as metas do ODS 6 sejam alcançadas, é essencial que os governos, setor privado e sociedade civil trabalhem em conjunto para implementar políticas públicas efetivas, investir em infraestrutura de saneamento, promover a higiene e garantir a gestão sustentável dos recursos hídricos.

Isso não só melhora a qualidade de vida das populações, mas também apoiará o progresso em direção a outros ODS, como saúde de qualidade (ODS 3), educação de qualidade (ODS 4), trabalho e crescimento econômico (ODS 8), cidades sustentáveis (ODS 11) e mudança de clima (ODS 13).

Contudo, o saneamento básico no Brasil, ainda é um desafio significativo a ser superado. Dados do Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento¹⁷⁸ indicam que 84% da população nacional, com os menores indicadores de cobertura e maiores indicadores de ineficiência causados pela perda de água presentes nas regiões Norte e Nordeste¹⁷⁹.

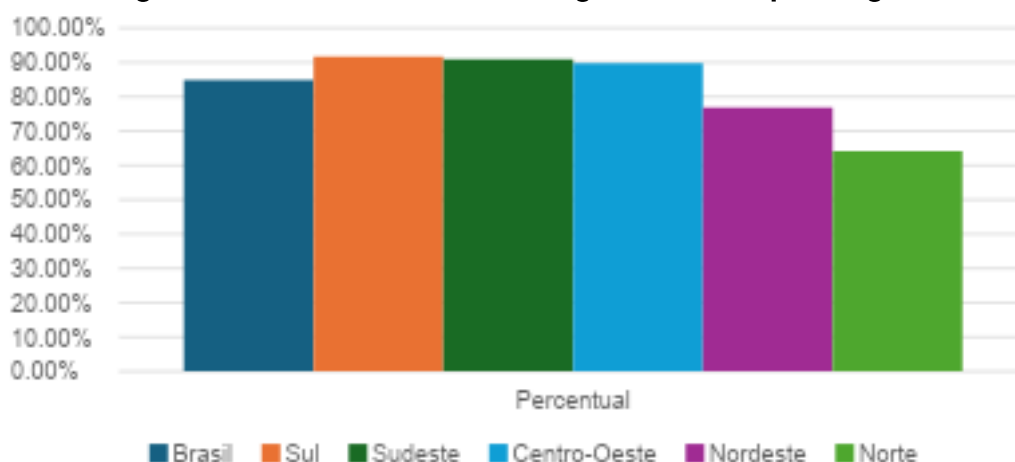
¹⁷⁷ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Objetivos Desenvolvimento Sustentável: 6 = Água potável e saneamento. <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/6>. Acesso em: 02 fev. 2025.

¹⁷⁸ SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO – SNIS. **Base de Dados SNIS Séries Históricas**. Dados de 2023. Disponível em: <https://appsniis.mdr.gov.br/indicadores-hmg/web/>. Acesso em: 02 fev. 2025.

¹⁷⁹ SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. **Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2020. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-04/cartilha_reforma_saneamento_digital.pdf.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

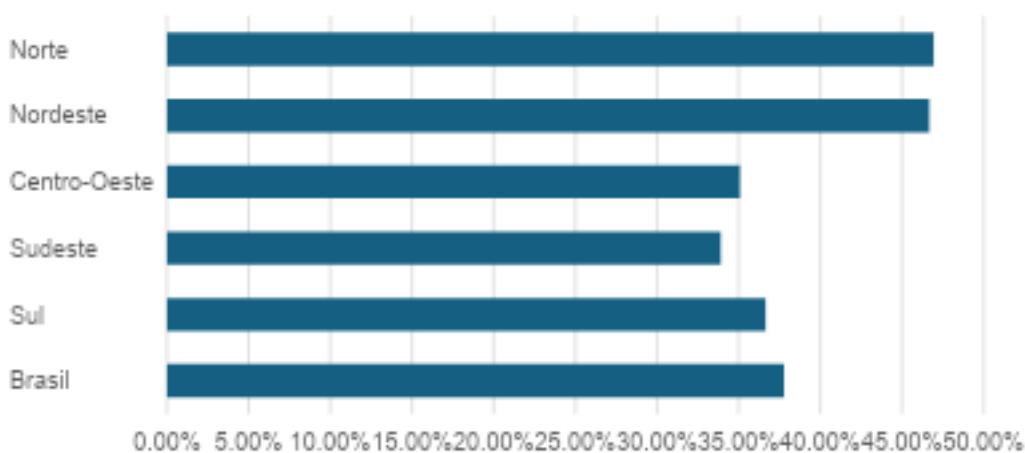
Os gráficos abaixo ilustram os dados registrados pelo SNIS¹⁷⁸ no ano de 2023.

Figura 1 - Atendimento total de água no Brasil por Região



Fonte: Elaborado pelo autor (2025).

Figura 2 - Percentual de perdas na distribuição de água no Brasil



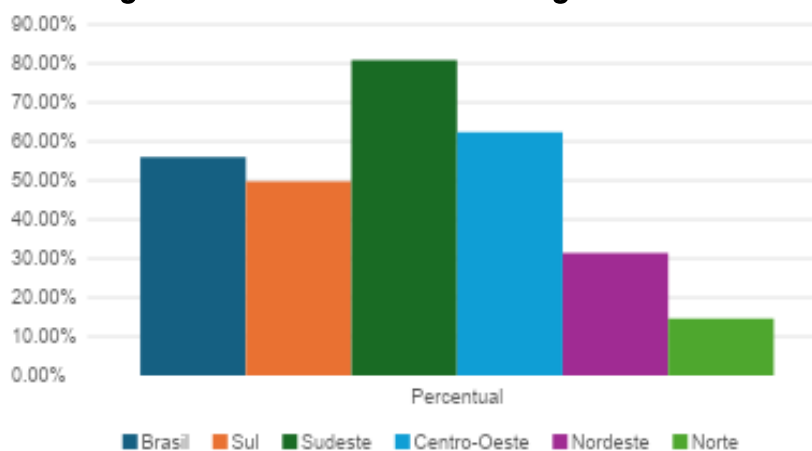
Fonte: Elaborado pelo autor (2025).

De se dizer ainda que, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁸⁰, cerca de 39,7% dos municípios brasileiros não têm serviços de esgotamento sanitário adequados.

¹⁸⁰ CABRAL. Umberlândia. **Quatro em cada dez municípios não têm serviço de esgoto no país.** In: AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Rio de Janeiro, 23 ago. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28326-quatro-em-cada-dez-municipios-nao-tem-servico-de-esgoto-no-pais>. Acesso em: 31 jan. 2024.

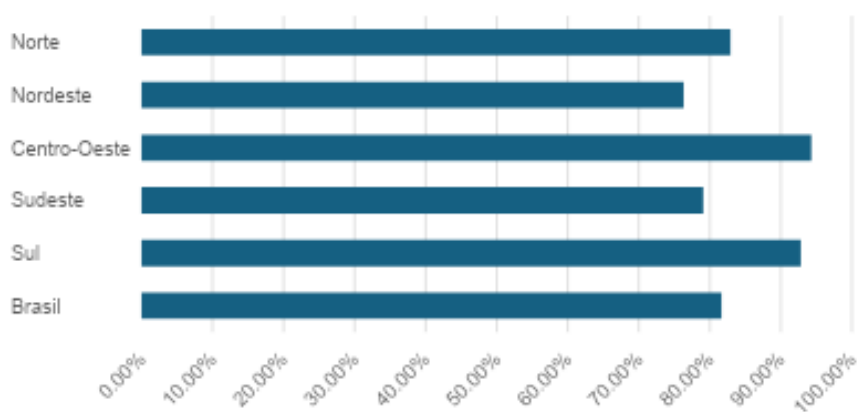
Ademais, cerca 34 milhões de brasileiros, dos quais aproximadamente 13,6 milhões no Nordeste, não têm acesso a água tratada. Para piorar a situação, mais de 100 milhões pessoas no Brasil vivem sem coleta de esgoto, onde se percebe mais uma vez que as maiores carências estão nas regiões Norte e Nordeste, ou em municípios menores e/ou economicamente menos desenvolvidos e em áreas rurais e subnormais¹⁸¹.

Figura 3 - Acesso à coleta de esgoto no Brasil



Fonte: Elaborado pelo autor (2025).

Figura 4 - Esgoto tratado no Brasil após coleta

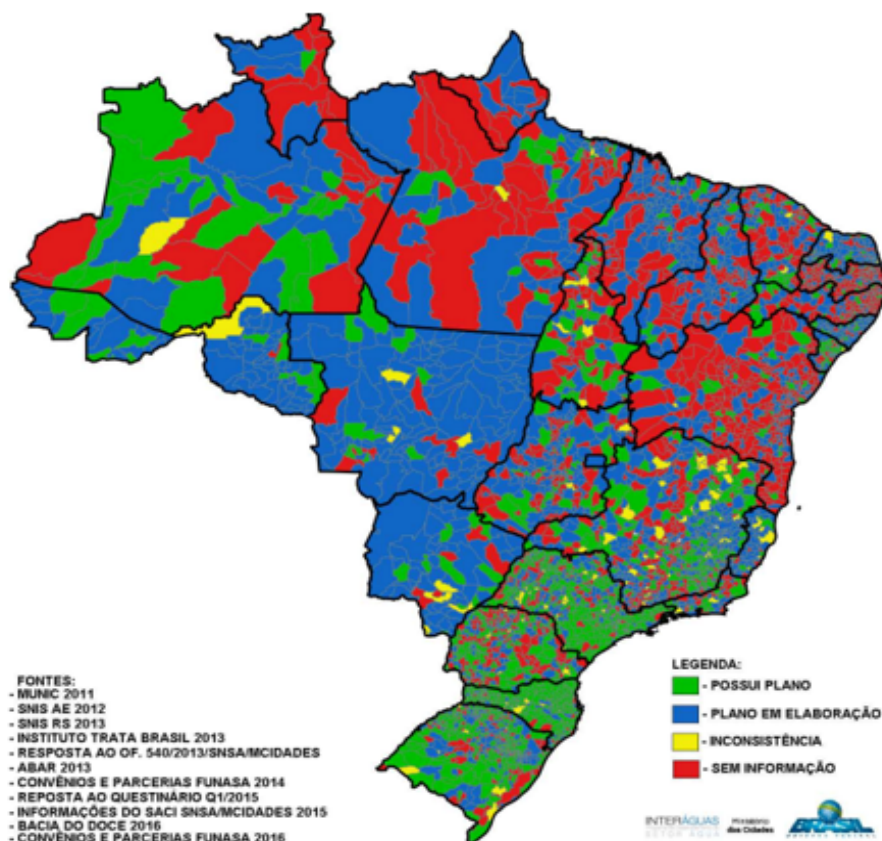


Fonte: Elaborado pelo autor (2025).

¹⁸¹ SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. **Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2020. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-04/cartilha_reforma_saneamento_digital.pdf.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

Por fim, o cenário é ainda mais complexo quando se observa que boa parte dos municípios do Norte e do Nordeste não possuem planos municipais de saneamento básico plenamente instituídos. Boa parte desses municípios sequer possuem informação disponível acerca da existência ou não de planos em desenvolvimento. O gráfico abaixo ilustra bem essa situação:

Figura 5 - Panorama dos Planos Municipais de Saneamento Básico



Situação	Inconsistência	Possui Plano	Plano em elaboração	Sem informação	Total
Norte	8	99	182	162	451
Nordeste	8	184	805	797	1794
Centro-Oeste	13	54	295	104	466
Sudeste	70	662	561	375	1668
Sul	21	693	248	229	1191
Brasil	120	1692	2091	1667	5570

Fonte: Ministério do Desenvolvimento Regional (2017).

Estas estatísticas alarmantes demonstram a urgência de uma ação efetiva para garantir o saneamento básico para todos os brasileiros.

Neste contexto, o presente capítulo visa trazer um histórico do saneamento básico no Brasil, abordando seus primórdios e as políticas públicas que buscaram lidar com o tema até meados dos anos 2000. As reformas mais recentes serão tratadas em capítulos posteriores.

5.1 DOS PRIMÓRDIOS DO SANEAMENTO BÁSICO NO MUNDO

Como visto anteriormente, o saneamento básico é uma prática essencial para a saúde pública e o bem-estar das populações. As técnicas e formas de prestação dos serviços de saneamento surgiram e evoluíram ao longo da história, adaptando-se às necessidades e desafios de diferentes épocas e culturas.

Neste sentido, vale dizer que as preocupações com o saneamento, tendo em vista sua relevância para a saúde humana, remontam às culturas mais antigas. No Velho Testamento, por exemplo, há várias referências às práticas sanitárias dos judeus, como o uso da água para limpeza tendo em vista roupas sujas poderiam levar a doenças como a escabiose¹⁸².

O desenvolvimento do saneamento sempre esteve ligado à evolução das civilizações, ora retrocedendo, ora renascendo com o surgimento de novas culturas. Essa evolução descontínua se deve, em grande parte, à limitada comunicação do passado¹⁸².

A premissa básica era a de que a água suja e o lixo disseminam doenças, que podem dizimar as populações. Assim, a partir do momento que a humanidade começou a se assentar em cidades, a coleta das águas servidas, a qual atualmente denominamos de esgoto sanitário, passava a ser uma grande preocupação daquelas civilizações.

Sendo assim, era premente a necessidade de criação de técnicas de obtenção de água limpa e descarte dos resíduos na tentativa de evitar a ocorrência de endemias.

¹⁸² BATISTA, Mônica. **Manual do Saneamento Básico: entendendo o saneamento básico ambiental no Brasil e sua importância socioeconômica**. São Paulo: Instituto Trata Brasil, 2012. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/manual-imprensa.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2024.

Neste sentido, podemos ressaltar que a partir dos anos 4000 a.C temos os primeiros registros de construção de galerias de esgotos em Nipur (Índia) e na Babilônia¹⁸³.

Da mesma forma, as civilizações do Vale do Indus, que tiveram sua fase história antiga entre aproximadamente 3500 a.C. até 1300 a.C, foram algumas das primeiras a implementar sistemas de saneamento avançados. Eles são responsáveis por desenvolver uma engenharia hidráulica única no mundo da época, onde todas as casas eram servidas por poços de água e possuíam vasos sanitários feitos com vasos de barro ou tijolos¹⁸⁴.

É de se destacar o avanço trazido pelo Império Romano que, em 312 a.C., desenvolveu um sistema de abastecimento. Trata-se dos aquedutos, uma tecnologia que permite transportar grande quantidade de água de um lugar para outro, apenas pela gravidade. Os aquedutos forneciam um constante suprimento de água corrente que, depois de utilizada, fluía para o esgoto, levando embora toda a sujeira, inclusive os dejetos das latrinas instaladas nos banhos

O primeiro aqueduto desenvolvido, chamado de Aqua Appia, tinha aproximadamente 17 km de extensão. Pode-se dizer que o Império Romano fora a primeira grande civilização que tratou o saneamento de fato. Criaram-se outros grandes aquedutos, construíram reservatórios, banheiros públicos, chafarizes e nomearam um responsável efetivo como Superintendente de Águas de Roma¹⁸⁵.

No entanto, com a queda do Império Romano, fora observado um declínio nas práticas de saneamento ao redor da Europa. Muitas cidades não tinham sistemas de esgoto eficazes, e a contaminação da água era comum, o que deu origem a diversas epidemias. De acordo com Mays¹⁸⁶:

A queda do Império Romano estendeu-se por um período de transição de 1.000 anos chamado Idade das Trevas. Nesse período, os conceitos da

¹⁸³ NUVOLARI, Ariovaldo. **Esgoto Sanitário: coleta, transporte, tratamento e reuso agrícola**. São Paulo: Ed. Bluncher, 2003. p. 17.

¹⁸⁴ ROCHA, Tamires Schimeneck, SOARES, Marcos Vinícios Barros; EDLER, Marco Antonio Ribeiro. **Civilização Harapeana: Uma Breve Análise de Sua História, Arquitetura e Urbanismo**. In: XXVI SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO, 26., 2021, Rio Grande do Sul. **Anais** [...]. Cruz Alta/ RS: Unicruz, 2021. Disponível em: <https://revistaanais.unicruz.edu.br/index.php/inter/article/view/935>. Acesso em: 31 jan. 2024.

¹⁸⁵ LEAL, Rubens Azzi. **A higiene pública na antiga Roma**. Revista do Departamento de Águas e Esgotos, São Paulo. 29. ed., p. 65-72, 1957.

¹⁸⁶ MAYS, Larry W. **Water distribution systems handbook**. New York: McGraw Hill Companies, 2000. p. 33.

ciência relacionados aos recursos hídricos provavelmente retrocederam. Após a queda do Império Romano, o saneamento e a saúde pública diminuíram na Europa. Relatos históricos falam de condições incrivelmente insalubres – água poluída, resíduos humanos e animais nas ruas e água atirada pelas janelas aos transeuntes. Várias epidemias devastaram a Europa.

Por outro lado, no Mundo Islâmico¹⁸⁷, fora percebida uma preservação dos sistemas então desenvolvidos e a melhora das técnicas de saneamento e higiene, com banhos públicos e sistemas de esgoto em algumas regiões.

Vale ressaltar que, a partir da Revolução Industrial, no século XVIII, em decorrência do grande aumento das populações urbanas, promovido em larga medida pela industrialização ocorrida à época, as demandas por sistemas públicos de saneamento básico se tornaram crescentes¹⁸⁸.

Isto porque, acreditava-se que a estrutura então existente não era capaz de fornecer água e realizar uma adequada coleta de dejetos que se concentrariam sobre o corpo hídrico.

Assim, era importante que fosse intentada a construção de um sistema estruturado que fornecesse água e tratamento dos dejetos de maneira adequada, organizada, coerente e permanente, da melhor forma possível, evitando a falência do sistema e levando ao declínio da comunidade pela falta de água, como ocorreu anteriormente.

É imperioso aduzir que, ainda no século XIX, em 1817, a Europa passou por uma pandemia de cólera, doença considerada global em 1830. A sua transmissão ocorria, predominantemente, por meio de águas contaminadas. Como resultado, essa pandemia vitimou mais de 100 mil pessoas na França, cerca de 50 mil pessoas na Inglaterra, 40 mil pessoas em Portugal e aproximadamente 20 mil pessoas no País de Gales entre os anos de 1831 e 1848¹⁸⁹.

Diante destes fatos, era urgente e necessária uma resposta efetiva por parte das autoridades públicas. Desta forma, a Inglaterra assim editou, em 1848, a

¹⁸⁷ Mays aponta ainda que “Durante o mesmo período, as culturas islâmicas, na periferia da Europa, exigiam religiosamente elevados níveis de higiene pessoal, juntamente com abastecimento de água altamente desenvolvido e sistemas de saneamento adequados”. Cf. MAYS, Larry W. **Water distribution systems handbook**. New York: McGraw Hill Companies, 2000. p. 33.

¹⁸⁸ PURCINA, Kátia Mara Ribeiro de Castro. **Saneamento básico: o básico do saneamento**. Dissertação (Mestrado Profissional em Ensino em Ciências da Saúde e do Meio Ambiente) – Centro Universitário de Volta redonda– UniFOA, Volta redonda, RJ, 2019. p. 18.

¹⁸⁹ ALMEIDA, Maria Antónia Pires de. **A epidemia de cólera de 1853-1856 na imprensa portuguesa**. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, v. 18, n. 4, p. 1057-1071, out./dez. 2011.

primeira lei que tratava de saúde pública, o que estimulou o desenvolvimento de sistemas de esgoto em todo o país¹⁹⁰.

No entanto, em que pese o estabelecimento de tal ato normativo, a cidade de Londres, no início da década de 1850, contava com dezenas de pessoas que viviam aglomeradas em pequenos cômodos. Do mesmo modo, ainda havia uma grande dificuldade na remoção do lixo e dos dejetos, que eram recolhidos nas fossas espalhadas pela cidade.

Vale ressaltar que no ano de 1858, durante um verão quente e seco, houve a potencialização do mau cheiro do lixo e de dejetos que eram depositados no Rio Tâmisa. Isso acontecia com certa frequência, no entanto, durante o referido verão, o grande mau cheiro ficou conhecido como o Grande Fedor.

Em razão disso, foram realizados novos investimentos, dentre eles a construção de um novo sistema de esgotamento sanitário, que representou um grande avanço na estrutura de prestação dos serviços públicos de saneamento básico em toda a Europa¹⁹¹.

No caso de Portugal, fora realizada uma reforma legislativa entre os anos de 1899 e 1901 que visava a reforma dos serviços de administração sanitária tendo como foco principal o desenvolvimento de um modelo de prestação que objetivasse à melhoria das condições de saúde da população¹⁹².

Do mesmo modo, a França, um dos países europeus fortemente impactados durante a pandemia da cólera, editou sua lei de proteção da saúde em 1902. Na referida lei francesa foram estabelecidas obrigações às autoridades administrativas constituídas no que concerne à prestação de serviços de saneamento básico¹⁹³.

Essas iniciativas, bem como outros avanços tecnológicos oriundos de outros sistemas europeus, permitiram, no século XX, o desenvolvimento de estações de

¹⁹⁰ O denominado *Public Health Act* criou conselhos de saúde locais, atribuía responsabilidades para drenagem e abastecimento de água e remoção de dejetos e permitia empréstimos para construção de infraestrutura de saúde pública. Cf. UK PARLIAMENT. **The 1848 Public Health Act**. [S. l.: UK Parliament, 2024]. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/towncountry/towns/tyne-and-wear-case-study/about-the-group/public-administration/the-1848-public-health-act>. Acesso em: 04 fev. 2024.

¹⁹¹ JOHNSON, Steven. **O mapa fantasma: como a luta de dois homens contra o cólera mudou o destino de nossas metrópoles**. Tradução, Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2008. p. 109-133.

¹⁹² PATO, João Howell. **História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal**. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa: Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, 2011. p. 27.

¹⁹³ COSTA, Renato da Gama-Rosa; SANGLARD, Gisele. **Oswaldo Cruz e a Lei de Saúde Pública na França**. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, v. 13, n. 2, p. 493-507, abr./jun. 2006.

tratamento de água e esgoto, sistemas de filtragem e desinfecção, e a promoção de práticas de higiene, o que representou um significativo avanço na prestação dos serviços de saneamento.

Vale ressaltar que, mesmo no século XXI, conforme fora visto anteriormente, o saneamento continua sendo um desafio global, com esforços internacionais para garantir acesso universal a serviços de saneamento básico, conforme os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU.

Dito isto, passamos a realizar no item posterior uma análise dos serviços de saneamento no Brasil.

5.2 O INÍCIO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Como pode ser percebido até o presente momento, o saneamento básico é um conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas¹⁹⁴.

A história do saneamento básico no Brasil é marcada por avanços significativos, embora ainda existam desafios importantes a serem superados. Vale ressaltar que durante o período colonial, o saneamento era praticamente inexistente, com exceção de algumas iniciativas isoladas como a construção de infraestruturas para drenagens de terrenos e a construção de chafarizes e fontes para abastecimento de água.

De se dizer que tais infraestruturas de saneamento eram extremamente rudimentares e limitadas, refletindo as condições tecnológicas e a compreensão sanitária da época.

A principal forma de abastecimento de água nas cidades coloniais era por meio dos referidos chafarizes e fontes públicas, muitas vezes alimentadas por

¹⁹⁴ Conforme apontado pelo autor Léo Heller, “esta conceituação mais geral contribui para a delimitação das ações compreendidas sob a terminologia saneamento, a partir do campo de intervenções a ela associados – fatores do meio físico – e das consequências esperadas – prevenção dos efeitos deletérios sobre a saúde”. Cf. HELLER, Léo. **Relação entre saúde e saneamento na perspectiva do desenvolvimento**. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 73-84, 1998.

aquedutos que traziam água de fontes distantes. Essas estruturas eram pontos centrais nas vilas e cidades, onde a população buscava água para consumo diário.

A primeira obra de registro de saneamento no Brasil ocorreu em 1561, quando Estácio de Sá, fundador de São Sebastião do Rio de Janeiro, mandou escavar o primeiro poço para abastecer a cidade. Na capital, o primeiro chafariz foi instalado em 1723¹⁹⁵, sendo reconstruído em 1744 em razão de uma ampliação e redirecionamento do curso das águas.

É importante esclarecer que no período do Brasil colônia, até meados do século XIX, era comum observar esgotos a céu aberto. Isto porque, muitas vezes, o escoamento das águas residuais e dejetos era feito por meio de valas abertas nas ruas, que levavam os resíduos diretamente para rios ou o mar.

De se dizer que era um sistema bastante insalubre e que contribuía enormemente para a propagação de diversas doenças.

Do mesmo modo, a limpeza das ruas era realizada de forma muito básica, muitas vezes dependendo da iniciativa dos próprios moradores. Não havia um sistema organizado ou regular de coleta de lixo, e os resíduos muitas vezes acabavam em terrenos baldios ou corpos d'água.

A drenagem das águas pluviais era, em grande parte, realizada de forma natural, sem sistemas dedicados para o manejo dessas águas.

Diante da precariedade de sistemas de limpeza de ruas adequados, de um correto escoamento e com a ausência de um mecanismo de drenagem correto, era frequente a ocorrência de alagamentos e problemas de saúde pública, especialmente em áreas mais baixas e próximas a rios.

Na existência desse cenário extremamente precário, era necessário o estabelecimento de medidas impositivas por parte do Estado como quarentenas e isolamento.

Embora não sejam estritamente infraestruturas físicas, as medidas de quarentena e isolamento aplicadas em casos de epidemias eram uma das poucas formas de controle sanitário. Essas medidas visavam limitar a propagação de

¹⁹⁵ FRIAS, Renato Coimbra. **O abastecimento de água no Rio de Janeiro joanino: uma geografia do passado**. 2013. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Instituto de Geociências, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

doenças, como a febre amarela e a varíola, que frequentemente assolavam as populações coloniais¹⁹⁶.

É importante notar que, durante o período colonial, não havia uma política ou planejamento¹⁹⁷ centralizado para o saneamento básico. As medidas adotadas eram, em grande parte, iniciativas locais, limitadas pelas condições tecnológicas e pelo conhecimento da época. A infraestrutura de saneamento era precária e insuficiente, contribuindo, conforme explicado anteriormente, para a alta incidência de doenças relacionadas à falta de saneamento adequado.

No entanto, é a partir do século XIX, com a chegada da família real portuguesa¹⁹⁸, que o Brasil começa a experimentar transformações significativas em sua infraestrutura de saneamento, em resposta aos desafios de saúde pública e à necessidade de modernização das cidades, especialmente diante das grandes epidemias que marcaram o período.

Neste sentido, temos que no ano de 1808 foi constituída a primeira organização nacional de saúde pública no Brasil. Foram criadas funções como a do Provedor-Mor da Saúde e de delegados de saúde nos Estados. No final da década de 1840 e início da década de 1850, foram criadas a Comissão Central de Saúde Pública, a Comissão Central de Engenharia e a Junta de Higiene Pública¹⁹⁹. Tais eventos foram importantes para integrar a visão do abastecimento de água e saneamento como uma questão de saúde pública.

Assim, embora ainda incipientes, essas transformações foram fundamentais para o desenvolvimento das políticas de saneamento que viriam a seguir. Nesta linha, a construção de aquedutos para o transporte de água potável de fontes distantes até os centros urbanos se tornou mais comum.

Do mesmo modo, a instalação de bicas e fontes públicas continuou sendo uma prática para o abastecimento de água nas cidades, com melhorias na sua

¹⁹⁶ MURTHA, Ney Albert; CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo. **Uma perspectiva histórica das primeiras políticas públicas de saneamento e de recursos hídricos no Brasil**. Ambiente & Sociedade, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 193-210, jul./set. 2015.

¹⁹⁷ SOUSA, Ana Cristina A. de; COSTA, Nilson do Rosário. **Política de saneamento básico no Brasil: discussão de uma trajetória**. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 615-634, jul./set. 2016.

¹⁹⁸ VILARINHO, Cíntia Maria Ribeiro; COUTO, Eduardo de Aguiar do. **Saneamento básico e regulação no Brasil: desvendando o passado para moldar o futuro**. Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 233-257, 2023.

¹⁹⁹ BRASIL. FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. **100 anos de Saúde Pública: a visão da Funasa**. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2004. p. 16-17.

construção e distribuição. Foram realizadas obras para melhorar a drenagem das águas pluviais nas cidades, com a construção de canais e melhorias na topografia urbana para evitar enchentes e alagamentos.

De se dizer também que, embora ainda muito limitados, começaram a surgir os primeiros sistemas de esgotamento sanitário em áreas urbanas, buscando substituir os esgotos a céu aberto por canais subterrâneos. Esses sistemas eram, na maioria das vezes, rudimentares e não atendiam a toda população.

É importante mencionar que em meados dos anos 1860, surgiu nos Estados Unidos o sistema separador absoluto de água e esgoto, que representou um importante avanço na infraestrutura sanitária mundial.

O seu funcionamento ocorre mediante a separação de uma tubulação para o esgoto e outra para o escoamento de águas pluviais. Ou seja, os esgotos sanitários e as águas pluviais são transportados em redes próprias, não conectadas entre si. Referido sistema passou a ser adotado no Brasil no final do século XIX, muito pelo esforço de Saturnino de Brito, considerado o patrono da engenharia sanitária da época²⁰⁰.

Vale mencionar ainda que algumas cidades do país começaram a organizar seus serviços de limpeza urbana, com a contratação de trabalhadores para a coleta de lixo e limpeza das ruas, visando reduzir a proliferação de doenças, e consequentemente o número de mortes causadas por enfermidades decorrentes dessas doenças.

Do mesmo modo, a conexão do saneamento com a saúde pública era cada vez mais frequente. Ações que envolviam campanhas de vacinação contra doenças infecciosas eram realizadas em paralelo com a criação de hospitais de isolamento (também conhecidos como lazaretos²⁰¹) para tratar e isolar pacientes com doenças contagiosas, visando controlar surtos epidêmicos.

É de se ressaltar que a prestação dos serviços de saneamento no Brasil neste período era, em grande parte, conduzida pela iniciativa privada. Empresas estrangeiras, principalmente de origem britânica, desempenharam um papel

²⁰⁰ NASCIMENTO, Nilo de Oliveira; BERTRAND-KRAJEWSKI, Jean-Luc; BRITTO, Ana Lúcia. **Águas urbanas e urbanismo na passagem do século XIX ao XX: o trabalho de Saturnino de Brito**. Revista da UFMG, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 102-133, 2016.

²⁰¹ TELAROLLI JUNIOR, Rodolpho. **Poder e saúde: as epidemias e a formação dos serviços de saúde em São Paulo**. São Paulo: Editora Unesp, 1996. p. 96.

significativo no fornecimento de água e na implementação de sistemas de saneamento.

No entanto, a qualidade e a abrangência desses serviços nem sempre atendiam adequadamente às necessidades da população, haja vista que as estruturas eram construídas seguindo uma lógica de auferimento de lucros, não tendo como premissa fundamental o atendimento adequado de toda a população. Como apontado por Heller *et al*²⁰²:

o Estado se viu obrigado a assumir responsabilidades sobre os serviços de água e saneamento nas principais cidades do País. Contudo, ele o fez transferindo os serviços mais importantes para as empresas privadas, majoritariamente inglesas, influenciado pelas fortes relações comerciais do País com o Reino Unido. (...) manifestações contrárias às companhias privadas de abastecimento de água nas cidades onde este serviço havia sido instalado foram recorrentes, em função da limitação dos sistemas implantados.

Assim, paralelamente à atuação privada, algumas instituições públicas já estavam envolvidas na prestação de serviços de saneamento em certos municípios. Seu foco estava na ampliação do acesso à água potável e na implementação de medidas sanitárias para combater as condições insalubres que contribuíam para a propagação de doenças.

5.3 OS AVANÇOS INSTITUCIONAIS OCORRIDOS NO SÉCULO XX

No final do século XIX e início do século XX testemunhou-se um aumento do envolvimento do poder público na prestação de serviços de saneamento, especialmente em resposta às demandas por melhorias nas condições de saúde pública e à necessidade de infraestrutura sanitária mais abrangente.

O legado da prestação de serviços de saneamento no Brasil no século XIX inclui uma interação dinâmica entre a iniciativa privada e as instituições públicas, com implicações duradouras para o desenvolvimento da infraestrutura de saneamento e para a saúde pública no país.

²⁰² REZENDE, Sonaly; HELLER, Léo; QUEIROZ, Ana Carolina Lanza. **Água, saneamento e saúde no Brasil interseções e desacordos**. Anuario de estudios americanos, Sevilla, v. 66, n. 2, p. 57-80, jul./dic. 2009.

De se dizer que a atuação da iniciativa privada no século XIX cumpriu um papel importante na expansão dos serviços de saneamento, em que pese as falhas de cobertura no atendimento. Tais falhas revelaram a necessidade de regulamentação e supervisão estatal para garantir a qualidade e a equidade na prestação desses serviços.

Neste sentido, o Estado assumiu a responsabilidade de estabelecer políticas e diretrizes para promover o acesso isonômico para toda população aos serviços de saneamento, tendo a saúde pública um papel de destaque na formulação dessas políticas."

A cooperação entre a iniciativa privada e as instituições públicas foi fundamental para atender às demandas de saneamento em um período de rápida urbanização, mas também evidenciou a importância de uma abordagem integrada e colaborativa para abordar os desafios de saúde pública e saneamento.

As interações complexas entre a iniciativa privada e as instituições públicas na prestação de serviços de saneamento ressaltaram a importância da regulação, da equidade e da colaboração na busca por soluções eficazes para os desafios de saneamento no Brasil.

Neste sentido, a fundação do Instituto Oswaldo Cruz em 1900 foi um marco importante para a saúde pública e saneamento básico, promovendo campanhas de saneamento e vacinação²⁰³.

Já na década de 1930 fora promulgado o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 1934), que regulamentou o uso das águas e foi um marco na legislação sanitária do país, estabelecendo diretrizes para o saneamento nacional.

O Código foi considerado um instrumento significativo e inovador para a época, sendo reconhecido mundialmente como uma das leis mais completas publicadas sobre a gestão das águas²⁰⁴.

Vale ressaltar que a partir dos anos 1930, o investimento do setor público em saneamento no Brasil se deu tanto por meio de alocações diretas do orçamento

²⁰³ FIOCRUZ. **História**. Rio de Janeiro: Fiocruz, [200--]. Site institucional. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/historia>. Acesso em: 04 jul. 2024.

²⁰⁴ SILVA, Maria José de Andrade. **A evolução legal e institucional na gestão dos recursos hídricos no Brasil**. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA FÍSICA APLICADA, 17.; CONGRESSO NACIONAL DE GEOGRAFIA FÍSICA, 1., 2017, São Paulo. **Anais** [...]. Campinas: Unicamp. 2017 Disponível em: <https://ocs.ige.unicamp.br/ojs/sbgfa/article/view/1786>. Acesso em 04 jul. 2024.

público quanto pela criação bem como através da criação e fortalecimento de empresas estatais específicas para o setor.

O modelo de financiamento e implementação de projetos de saneamento evoluiu ao longo do tempo, refletindo as mudanças nas políticas públicas e na estratégia econômica do país.

Como dito acima, os investimentos em saneamento, no primeiro momento, eram frequentemente realizados diretamente por meio de alocações do orçamento público. Isso incluía a construção e manutenção de infraestruturas básicas, como sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário, principalmente em áreas urbanas maiores e capitais onde a necessidade de melhorias sanitárias era mais premente.

Esses investimentos eram geridos por órgãos governamentais específicos ou departamentos dentro de ministérios, como o Ministério da Saúde. Uma crítica recorrente neste período era a de que os investimentos então realizados eram feitos de maneira descoordenada e pulverizada.

Tal prática refletia, de certa forma, a desorganização institucional enfrentada pelo setor na época, e que era bastante perceptível no nível federal, que sofria com uma grande diversidade de órgãos e com a ausência de um plano político global²⁰⁵.

No intuito de minimizar tal condição, no ano de 1940, foi criado o Departamento Nacional de Obras de Saneamento - DNOS, órgão que teve como atribuições fundamentais a execução da política nacional de saneamento ambiental em áreas rurais e urbanas e das obras de irrigação.

Ato contínuo, como resultado de um acordo entre os governos brasileiro e norte-americano, foi criado no ano de 1942 o Serviço Especial de Saúde Pública (SESP), que era vinculado ao então Ministério da Educação e Saúde. Sua principal função era o saneamento de regiões que produziam matérias-primas estratégicas, como a borracha da Amazônia e o minério de ferro e mica do Vale do Rio Doce.

O SESP surgiu em um contexto de necessidade de assistência médica e sanitária, especialmente para os seringueiros e trabalhadores dessas regiões. Vale ressaltar que o SESP desempenhou um papel fundamental na história da saúde

²⁰⁵ WHATELY, Marussia. LERER, Rebeca; JARDIM, Arminda. **Saneamento 2020: passado, presente e possibilidades de futuro para o Brasil**. 1. ed. São Paulo: Instituto Água e Saneamento, 2020. p. 32-33.

pública no Brasil, contribuindo para a formação de uma infraestrutura de saúde mais robusta e para a conscientização sobre a importância da saúde e do saneamento.

Sua abordagem focada na educação sanitária ajudou a moldar as práticas de saúde pública nas décadas seguintes, influenciando políticas e programas de saúde em todo o país²⁰⁶.

O SESP também pavimentou o caminho para a criação dos diversos Serviços Autônomos de Água e Esgoto (SAAE), que se configuraram como autarquias municipais com a missão de gerir os serviços de água e esgoto dos seus municípios.

É de se apontar que as Constituições Federais de 1934 e de 1937, nos seus artigos 13 e 26, respectivamente, foram pioneiras em garantir a competência municipal para a organização de serviços de caráter local, o que em certa medida conferia aos municípios a possibilidade de prestar serviços no setor de saneamento.

Conforme apontado por Costa²⁰⁷ os SAAE:

Foram os precursores da implantação de programas de financiamento com previsão de retorno dos investimentos, introduzindo a cobrança de tarifas progressivas em função do consumo e da classe dos usuários, nos moldes atuais. Esse modelo de gestão também foi estruturado segundo o princípio de autossustentação tarifária, prevendo a adoção de tarifas progressivas com o aumento do consumo e diferenciadas pela classe dos usuários.

Após a criação dos SAAE, fora idealizado o Plano Nacional de Saneamento, que efetivamente foi instituído no ano de 1953, sendo considerado um marco importante na história do saneamento no Brasil.

O Plano Nacional de Saneamento de 1953 tinha como principais objetivos promover a construção e a modernização de sistemas de abastecimento de água e esgoto nas cidades, visando garantir o acesso à água potável e ao tratamento de esgoto.

Também visava integrar os serviços de saneamento básico com outras políticas públicas, como saúde, habitação e urbanismo, para abordar de forma

²⁰⁶ SILVA, Jonathan; Wedson da. *et al.* **Políticas de saúde na era Vargas: o serviço especial de saúde pública, 1942-1960.** In: MOSTRA DE PESQUISA EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA, 2017. Fortaleza. Anais [...]. Fortaleza: DeVry Brasil; Damásio: Ibmec, 2017. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/mpct2017/47013-politicas-de-saude-na-era-vargas--o-servico-especial-de-saude-publica-1942-1960/>. Acesso em: 05 jul. 2024.

²⁰⁷ KLOTH, Cristiane Gracieli; SIMIONI, Flávio José; STALOGH, Rubens; TREVISAN, Viviane. **Uma perspectiva da evolução histórica do saneamento no Brasil.** In: CAVALCANTI, Soraya Araujo Uchoa. (Org.). **Saúde Coletiva: mudanças, necessidades e embates entre sociedade e estado.** 2. ed., v. 2. Paraná: Editora Atena, 2023, p. 10.

holística os problemas urbanos e como consequência incentivar o desenvolvimento de regiões menos favorecidas, buscando reduzir as desigualdades no acesso a serviços de saneamento.

O plano previa investimentos públicos por meio do então denominado Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) e pela Caixa Econômica Federal.

De se dizer que, embora o plano tenha contribuído para melhorias significativas em algumas áreas, a implementação enfrentou desafios, como falta de recursos e problemas de gestão. Muitas cidades ainda lutavam para atender às necessidades básicas de saneamento²⁰⁸.

Uma fase seguinte passou a ser constituída durante o regime militar, quando houve uma tendência crescente de institucionalizar e expandir os serviços de saneamento por meio da criação de empresas estatais dedicadas.

Nesse contexto, fora criado o Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), um sistema composto por políticas públicas e órgãos federais para sua execução. Primeiramente houve a instalação do Banco Nacional de Habitação (BNH), criado pela Lei nº 4.380/1964, e que tinha por missão desenvolver um programa de melhoramento urbano. Tendo em vista a simbiose dos temas de urbanização com o saneamento, também coube ao BNH otimizar as diretrizes para o saneamento básico.

Em seguida, é importante destacar a criação do Fundo de Financiamento para o Saneamento (FINASE), que se deu por meio do decreto federal nº 61.160/1967, e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), criado pela Lei nº 5.107/67, que tiveram a gestão atribuída ao BNH.

Um outro passo importante para tornar dentro do Sistema Financeiro do Saneamento foi a promulgação da Lei nº 5.318/67, que instituiu a primeira Política Nacional de Saneamento no Brasil e que tinha como objetivo aumentar a cobertura dos serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto. Vale ressaltar que nesta época cerca de 60% da população tinha acesso a água e 22% tinha acesso aos serviços de coleta e tratamento de esgoto²⁰⁹.

²⁰⁸ COSTA, André Monteiro. **Análise Histórica do Saneamento no Brasil**. 1994. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro. 1994.

²⁰⁹ IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico Brasil: VIII recenseamento geral 1970**. Rio de Janeiro: IBGE, 1970. (Série Nacional, v. 1). Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/69/cd_1970_v1_br.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

Vale ressaltar que, neste período no Brasil, era vigente a sistemática de que o saneamento era um tema de competência local, onde os municípios deveriam assumir um papel proativo de prestação dos serviços, passou a ser aventada a possibilidade de mudança de abordagem com o intuito de transferir a execução destes serviços para uma gestão estadual.

Esta abordagem proposta pelo SFS foi consolidada com a criação do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA) em 1971, que incentivou a formação e fortalecimento de Companhias Estaduais de Saneamento (CESBs).

O PLANASA, de maneira geral, visava organizar e expandir o setor de saneamento no país, até então marcado por uma grande diversidade de responsabilidades e pela falta de recursos financeiros suficientes para grandes investimentos²¹⁰.

O funcionamento do PLANASA baseava-se em alguns pilares fundamentais. Uma das inovações foi a criação de um modelo de financiamento para os investimentos em saneamento, utilizando recursos do FGTS e tarifas dos serviços de saneamento. Isso representou uma nova abordagem para garantir recursos contínuos para o setor.

Do mesmo modo, o plano incentivou a criação e fortalecimento de companhias estaduais de saneamento²¹¹ que se tornaram responsáveis pela execução dos serviços de saneamento em seus respectivos estados. Isso visava promover a centralização e eficiência na gestão dos serviços, evitando a pulverização até então existente.

Vale ressaltar que os investimentos e ações no setor de saneamento eram organizados por meio de contratos de programa entre o governo federal e as companhias estaduais, onde eram estabelecidas metas de expansão dos serviços e melhorias na gestão.

²¹⁰ TUROLLA, Frederico Araujo. **Política de saneamento básico: avanços recentes e opções futuras de políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2002. (Texto para discussão, n. 922) Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2818/1/TD_922.pdf. Acesso em: 08 jul./2024.

²¹¹ O Planasa idealizou a criação de 27 Companhias Estaduais de Saneamento Básico, constituídas juridicamente como sociedades de economia mista com acesso aos recursos federais, como apontado por SOUSA, Ana Cristina A. de; COSTA, Nilson do Rosário. **Política de saneamento básico no Brasil: discussão de uma trajetória**. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 615-634, jul./set. 2016.

Com esse modelo de implementação, tendo o setor público como força motriz, seja no financiamento dos serviços como na execução, o PLANASA trouxe diversos avanços para o setor de saneamento no Brasil a partir da década de 1970.

Foram realizados investimentos substanciais na infraestrutura de saneamento, incluindo a construção de novas estações de tratamento de água e esgoto, ampliação de redes de distribuição e coleta, e melhorias em sistemas de drenagem urbana.

O PLANASA contribuiu para a profissionalização do setor de saneamento, com a formação de técnicos e gestores especializados, além de promover a adoção de tecnologias mais avançadas para o tratamento e distribuição de água e para o tratamento de esgotos.

O plano também estabeleceu diretrizes para o planejamento e a normatização do setor, buscando padronizar práticas e melhorar a qualidade dos serviços oferecidos à população.

Com a implementação de todas essas ações, houve um significativo aumento na cobertura dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Milhões de brasileiros ganharam acesso à água tratada e a sistemas de coleta de esgoto pela primeira vez. Entre 1970 e 1990, a população com abastecimento de água passou de 60% para cerca de 86% e a coleta de esgoto passou de 22% para 49%²¹².

No entanto, apesar dos avanços significativos, o PLANASA também enfrentou críticas, especialmente relacionadas ao modelo de financiamento baseado em tarifas, o que, em algumas situações, gerou aumentos consideráveis nos custos para os usuários. Além disso, as questões ambientais e o atendimento às populações de baixa renda e áreas rurais muitas vezes não receberam a atenção necessária.

Do mesmo modo, as metas estipuladas para o atendimento da população com a prestação de serviços de água e esgotamento sanitário não foram completamente atingidas, o que representou uma não adequação aos direcionadores estabelecidos para o plano²¹³.

²¹² PARLATORE, Antonio Carlos. **Privatizações do setor de saneamento no Brasil**. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (org.). **A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro: BNDES-OCDE, 2000.

²¹³ SANTOS, Fernanda Flores Silva. *et al.* **O desenvolvimento do saneamento básico no Brasil e as consequências para a saúde pública**. Revista Brasileira de Meio Ambiente, Pernambuco, v. 4, n.

Também importa destacar que, com a criação de diversas companhias estaduais prestadoras de serviço de saneamento, foi natural que ocorresse uma centralização, de certa forma monopolista, da prestação do serviço nas mãos dos governos estaduais.

Isso gerou, para além da centralização, uma acomodação que impactou na eficiência da prestação dos serviços, sendo o alto índice de perdas nos sistemas de abastecimento um exemplo disso.

No entanto, é inegável que o PLANASA representou um marco na história do saneamento no Brasil, estabelecendo as bases para os esforços subsequentes de universalização do acesso aos serviços de saneamento básico.

Ocorre que, do meio para o final da década de 1980 o país passava por uma forte crise fiscal, que impactava significativamente o modelo de implementação do PLANASA.

Isto porque, como foi detalhado, havia uma forte intervenção estatal no saneamento, seja pela criação das CESBs seja pelo modelo de financiamento público. Com os impactos da crise fiscal dos anos 1980, houve um hiato institucional legislativo e de investimentos públicos no setor²¹⁴.

Tal situação perdurou até a edição da Lei 11.445 de 05 de janeiro de 2007, que estabeleceu as diretrizes para a política federal de saneamento básico no País. Referida norma será mais bem detalhada no próximo capítulo.

1, p. 241-251, 2018. Disponível em: <https://revistabrasileirademeioambiente.com/index.php/RVBMA/article/view/127/113>. Acesso em: 09 jul. 2024.

²¹⁴ VILARINHO, Cíntia Maria Ribeiro; COUTO, Eduardo de Aguiar do. **Saneamento básico e regulação no Brasil: desvendando o passado para moldar o futuro**. Revista Digital de Direito Administrativo [Recurso Eletrônico], São Paulo, v. 10, n. 2, 2023. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/51020>. Acesso em: 10 jul. 2024.

6. DA LEI Nº 11.445/2007

Inicialmente importa afirmar que a Lei nº 11.445/2007 introduziu regras e ferramentas para o planejamento, fiscalização, prestação e regulação dos serviços de saneamento, com o controle social estabelecido sobre todas essas funções.

Do mesmo modo, determinou que a regulação do setor deve ser realizada com independência financeira por meio de uma entidade reguladora que atue pautada por princípios como transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade nas suas decisões²¹⁵.

De se dizer que Zveibil²¹⁶ afirma que, do ponto de vista jurídico-institucional, a promulgação da lei sob comento, reivindicada por diferentes segmentos, representou um marco para o setor e visa especialmente à universalização do acesso aos serviços de saneamento básico, que incluem o abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos e águas pluviais.

Importa destacar que o princípio da universalidade determina que o saneamento é um direito universal e, portanto, todos os brasileiros devem ter acesso aos serviços, sem distinção de qualquer natureza entre os indivíduos²¹⁷.

Diga-se ainda, que a universalidade do atendimento visa garantir a concretização de direitos fundamentais, como saúde e moradia adequada, revelando assim um caráter essencial ao ser humano. Desta forma, é essencial que a prestação dos serviços seja bem planejada e financeiramente equilibrada para que toda a população seja bem atendida, independentemente da capacidade de pagamento dos usuários.

E por se tratar de uma atividade que constitui monopólio natural²¹⁸, com custos afundados relevantes e não admitindo a implementação de estruturas

²¹⁵ GALVAO JUNIOR, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. **Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil**. Revista Engenharia Sanitária e Ambiental, Rio de Janeiro, v. 14, p. 79-88, Mar. 2009.

²¹⁶ ZVEIBIL, Victor Zular. **Saneamento Básico: novas oportunidades para os municípios**. Revista de Administração Municipal, Rio de Janeiro, v. 53, p. 5-14, jan./fev. 2008.

²¹⁷ PAIM, Jairnilson Silva. **Universalidade, integralidade e equidade**. In: Rezende, Sonaly Cristina. (org.). *et al.* **Cadernos temáticos para o panorama do Saneamento Básico no Brasil**. Brasília. Ministério das Cidades: Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2014. v. 7, cap. 1, p. 29- 66. (Panorama do Saneamento Básico no Brasil, v. 7).

²¹⁸ Aspectos relacionados às temáticas de monopólio natural e custos afundados foram melhor tratadas no capítulo inicial dessa tese.

simultâneas que atuem em competição sob pena de gerar ineficiência econômica na sua prestação.

Como bem apontado por Ortiz²¹⁹:

no difícil equilíbrio entre mercado e regulação, a concorrência é o objetivo prioritário e a regulação é o instrumento necessário para defender a concorrência (para criá-la quando ela não exista) ou para substituí-la quando seja impossível sua criação diante da existência de elementos de monopólio natural.

Assim, é fundamental a atividade de um agente regulador no intuito de proporcionar equilíbrio entre o interesse dos prestadores do serviço e dos seus consumidores.

6.1 O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DA NORMA

Para entender a devida proteção jurídica estabelecida pela Lei nº 11.445/2007, é fundamental passar pela análise do seu contexto de criação, tendo em vista que, como dito anteriormente, representou um avanço significativo no setor e deu início a diversas evoluções e aprimoramentos na legislação atinente ao saneamento básico no Brasil.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, através da resolução nº A/RES/64/2923, reconheceu o acesso à água potável e segura e ao saneamento básico como direitos essenciais para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos²²⁰.

A saúde, conforme estabelecido no artigo 196 da Constituição Federal, é um direito de todos e dever do Estado, destacando a importância indiscutível do serviço público de saneamento básico para esse objetivo.

Nesse contexto, é fundamental buscar o princípio da universalização, que como visto, consiste na ampliação progressiva do acesso ao saneamento básico, especialmente para a população de baixa renda, que é a mais afetada pela ausência desses serviços.

²¹⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho publico económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica**. 3. ed. Granada: Ed. Comares, 2004. p. 606.

²²⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **O novo marco legal do saneamento básico: lei nº 14.026/ 2020**. Brasília: Conselho Federal da OAB, [2021]. Disponível em: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/cartilhasaneamento5.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2024

Outro princípio essencial do saneamento é a integralidade dos serviços, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento, proporcionando à população o acesso conforme suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados.

Além disso, deve-se observar a segurança, qualidade, regularidade e continuidade dos serviços, evitando interrupções no abastecimento de água e promovendo a redução e controle da perda de água na distribuição.

Isto porque, o estímulo à racionalização do consumo de água pelos usuários, bem como à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas pluviais, visa aumentar a conscientização sobre a importância do uso racional de recursos ambientais.

Vale lembrar que no ano de 2003 houve a criação do Ministério das Cidades, o que possibilitou um avanço significativo para o setor de saneamento no Brasil. Com o apoio dos integrantes da Frente Nacional pelo Saneamento Ambiental, que se opunham à privatização do setor, tema bastante recorrente neste momento da história, o governo federal iniciou uma série de reformulações nas políticas do setor²²¹.

Uma das responsabilidades do Ministério foi a elaboração de um projeto de lei para um novo marco regulatório do saneamento.

Entre os principais obstáculos para um acordo adequado na aprovação do marco jurídico do setor de saneamento estava a definição da titularidade dos serviços, onde se restava patente à colisão de interesses entre agentes locais e regionais, especialmente no que se atine ao abastecimento de água e esgotamento sanitário²²².

Nesse ponto em especial, observavam-se os maiores conflitos de posicionamento. Vale reforçar que havia um interesse relevante das Companhias

²²¹ SOUZA, Juliana Santos Alves de; TAVARES, Érica. **Histórico do saneamento no Brasil e sua relação com as questões ambientais e urbanas**. In: SEMINÁRIO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL, 22., 2021. Rio de Janeiro. Anais [...]. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes, 2021. Disponível em: <https://seminariodeintegracao.ucam-campos.br/wp-content/uploads/2022/04/HISTORICO-DO-SANEAMENTO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

²²² TEIXEIRA, Phelipe Austráco. **A lei do saneamento (lei nº 11.445): reflexões sobre sua efetividade e contribuição para o direito à saúde**. 2018. 50 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6104/1/PATeixeira.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2024.

Estaduais de Saneamento (CESB) que buscavam trazer para o âmbito dos Estados a questão da titularidade, algo que se refletiu nos debates sobre gestão e regulamentação²²³.

É de se pontuar que a temática da titularidade é bastante complexa no setor do saneamento, em razão de uma intersecção de interesses federativos bastante controversa uma vez que em determinada situação, e conforme determina a regra constitucional, competiria ao município a prestação dos serviços de interesse local, mas quando a atividade é realizada em mais de um município então a titularidade passaria a ser do Estado.

Essa situação só deixa mais claro que a titularidade é uma característica muito sensível na temática do saneamento²²⁴.

Imperioso afirmar que a hegemonia das CESBs, que tiveram um papel de extrema importância durante a implementação do PLANASA, oferecia resistências para a criação de novos desenhos institucionais, principalmente os que objetivassem a privatização dos serviços.

Assim, o tema da titularidade era de fundamental importância para as CESBs, uma vez que, em caso de privatização dos serviços de saneamento, a precificação de uma companhia prestadora desse tipo de serviço seria tomada com base em sua carteira de clientes, sendo assim, incentivar a concentração da titularidade no âmbito dos estados, que eram detentores das companhias, era algo visto como relevante para elas²²⁵.

Por outro lado, as mencionadas companhias buscavam novas perspectivas para o setor de saneamento, que perpassavam pela mobilização governamental e aporte de recursos públicos, algo que era visto como fundamental para a concretização de diretrizes que mitigassem os problemas do país.

Enquanto essa disputa ocorria na Câmara dos Deputados, outro projeto de lei favorável às empresas estaduais tramitava no Senado. Esse projeto contemplava as

²²³ ZVEIBIL, Victor Zular. Saneamento Básico: novas oportunidades para os municípios. **Revista de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, v. 53, p. 5-14, jan./fev. 2008.

²²⁴ TUROLLA, Frederico Araujo. **Política de saneamento básico: avanços recentes e opções futuras de políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2002. (Texto para discussão, n. 922) Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2818/1/TD_922.pdf. Acesso em: 08 jul./2024.

²²⁵ BARROCAS, Paulo Rubens Guimarães; SOUSA, Ana Cristina Augusto de. **Privatizar ou não privatizar: eis a questão. A única questão? A reedição da agenda liberal para o saneamento básico no Brasil**. Perspectivas Caderno de saúde pública, Rio de Janeiro, v. 33, n. 8, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00048917>. Acesso em: 08 jul. 2024.

demandas das empresas estaduais, restringindo a abrangência dos serviços de saneamento ao abastecimento de água e esgotamento sanitário, protegendo os investimentos já realizados pelas empresas e incentivando a sustentabilidade econômica da prestação de serviços²²⁶.

As posturas ou coalizões de interesses, antagônicas por princípio, foram fatores que retardaram a construção de uma política nacional de saneamento ao longo da década de 1990. A superação desse conflito foi crucial para o avanço do setor.

Dessa forma, a formulação de novas diretrizes e instrumentos jurídicos precisou enfrentar as polarizações entre os grupos de interesse, absorvendo elementos positivos dos diálogos da década anterior e incorporando novas perspectivas dos movimentos sociais relacionados ao desenvolvimento urbano e ao saneamento²²⁷.

Após 862 emendas e muitos debates, especialmente com grupos que defendiam a predominância da atuação estadual no setor, a lei foi aprovada em 2007.

Vale ressaltar ainda que neste período também houve a criação do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Instituído em 2007, com uma segunda fase, o PAC II, em 2011, o programa visava permitir o investimento, principalmente por meio de recursos públicos, seja orçamento público seja financiamento por meio de empresas estatais, no setor de infraestrutura, incluindo o saneamento.

No entanto, os investimentos planejados não foram totalmente realizados. As principais dificuldades do PAC incluíam o não cumprimento da legislação e das metas, prazos estendidos para adequação, falta de prioridade para o saneamento na política e investimentos insuficientes²²⁸, como será visto na sequência.

²²⁶ SOUSA, Ana Cristina Augusto de; COSTA, Nilson do Rosário. **Incerteza e dissenso: os limites institucionais da política de saneamento brasileira**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 47, p. 587- 599, jun. 2013.

²²⁷ ZVEIBIL, Victor Zular. Saneamento Básico: novas oportunidades para os municípios. **Revista de Administração Municipal**, Rio de Janeiro, v. 53, p. 5-14, jan./fev. 2008.

²²⁸ SOUSA, Ana Cristina A. de; COSTA, Nilson do Rosário. Política de saneamento básico no Brasil: discussão de uma trajetória. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 615-634, jul./set. 2016.

6.2 CARACTERÍSTICAS E AVANÇOS INSTITUCIONAIS TRAZIDOS PELA LEI 11.445/2007

O marco do saneamento público de 2007, que como já fora dito foi instituído originalmente pela Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, estabelece as diretrizes nacionais para o Saneamento Básico, cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico e dá outras providências.

A norma referida conceitua como serviços de saneamento básico as seguintes atividades: i) abastecimento de água; ii) esgotamento sanitário; iii) limpeza urbana e manejo de resíduos; e iv) drenagem e manejo de águas pluviais, além da limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas.

A versão inicial da Lei nº 11.445/2007 agregou um elevado potencial de melhorias ao estabelecer diretrizes nacionais que conferiam maior estímulo e segurança jurídica à participação do capital privado no setor do saneamento básico²²⁹.

No entanto, de antemão, podemos afirmar que a lei não conseguiu promover a tão esperada universalização dos serviços²³⁰.

De início, importa mencionar que a legislação sob comento buscou resolver questões atinentes aos arranjos institucionais setoriais onde, apesar de não ter tido um completo sucesso na empreitada, facilitou a articulação entre as esferas administrativas, superando problemas políticos.

Neste sentido, a Lei nº 11.445/2007 dedicou um capítulo especial ao planejamento (Capítulo IV), estabelecendo a obrigatoriedade de elaboração do plano de saneamento nos três níveis federativos, com caráter genérico ou específico para cada serviço – abastecimento de água, esgotamento sanitário, resíduos sólidos e drenagem urbana.

²²⁹ BORMA, Vera De Simone; MARTINS, Flávia Burmeister; LOCH, Rogério; MARTINELLI, Ivonir Antonio. **Contexto Histórico Brasileiro Do Saneamento Básico: Planasa, Plansab, Pnsb E Lei Nº 14.026/2020**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 19., 2021, [S. l.]. Anais [...]. [S. l.]: Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas: Tribunal de Contas da União, 2021. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/xix-sinaop/wp-content/uploads/sites/2/2021/09/Desafio-1-CONTEXTO-HISTORICO-BRASILEIRO-DO-SANEAMENTO-BASICO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

²³⁰ SOUSA, Ana Cristina A. de; COSTA, Nilson do Rosário. Política de saneamento básico no Brasil: discussão de uma trajetória. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 615-634, jul./set. 2016.

O planejamento foi definido como uma condição de validade dos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico (art. 11), priorizando a centralização da política nos níveis municipais e regionais, orientadas pelas diretrizes nacionais.

Essa obrigatoriedade impôs a necessidade da reorganização municipal para a prestação do saneamento em nível local, alinhada às metas nacionais, algo que anteriormente não era uma preocupação devido à delegação dos serviços às CESBs.

Imperioso aduzir ainda que a lei definiu regras claras para a contratação de serviços por entidades não pertencentes à administração pública diretamente afetada para a prestação dos serviços visando garantir a sustentabilidade econômico-financeira, assegurada, sempre que possível, pela remuneração através da cobrança dos serviços.

Vale ressaltar que essas contratações ocorrem, de uma maneira geral, por meio de contratos de programa. Os Contratos Programa são instrumentos de gestão utilizados no setor público, especialmente em áreas como saúde, educação e saneamento básico. Nos dizeres de Ribeiro²³¹:

é um contrato da Administração Pública, regido pelo Direito Público, que possui como partes contratantes órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública de entes da Federação diferentes, ou de natureza interfederativa, para a coordenação de atividades na realização de específicos objetivos que se traduzem como exercício de competências comuns ou privativas, desde que não se resumam na mera transferência de recursos financeiros.

Os Contratos Programa no Brasil têm sua base legal principalmente na Lei Federal nº 11.107/2005, que regulamenta os consórcios públicos e estabelece diretrizes para a gestão associada de serviços públicos. Essa lei define os contratos de programa como instrumentos necessários para a formalização das obrigações entre os entes federativos que participam de consórcios públicos.

A Lei Federal nº 11.107/2005 estabelece que os contratos de programa devem ser utilizados para regular as obrigações entre entes federativos ou consórcios públicos na prestação de serviços públicos. Seu artigo 13 determina que

²³¹ RIBEIRO, Wladimir Antonio. **O Contrato de Programa** In: Carlos Roberto de Oliveira; Maria Luiza Machado Granziera. (Org.). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. 1ªed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, v. 1, p. 115-139.

as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente ou consórcio público devem ser formalizadas por meio de contrato de programa, sob pena de nulidade do contrato.

Assim, os contratos possibilitam a formalização de um acordo entre um ente federativo e entidades prestadoras de serviços, tais como as CESBs, e terminam por definir metas, responsabilidades, recursos financeiros e prazos para a execução de atividades específicas.

É importante aduzir que é fundamental que haja um sistema de monitoramento para avaliar o cumprimento das metas estabelecidas nos referidos contratos. Isso permite ajustes e correções de rumo, garantindo que os serviços atendam às necessidades da população.

Ocorre que, tais instrumentos, ao longo do tempo, se mostraram frágeis para garantir o cumprimento da universalização dos serviços de saneamento. Não à toa, com as mudanças trazidas pela Lei nº 14.026/2020, os contratos de programa que não estiverem em conformidade com as novas diretrizes devem ser substituídos por contratos de concessão, que exigem licitação e garantem maior transparência e eficiência na prestação dos serviços. Referido tema será mais bem tratado em capítulo posterior.

É de se mencionar ainda que a lei 11.445/2007 trouxe um capítulo específico visando a prestação regionalizada dos serviços. No entanto, a prestação regionalizada foi visualizada sob a ótica da prestação do serviço efetuada companhia estadual de saneamento, e não sob a ótica do titular do serviço público²³².

Tanto que, para ser considerado um serviço prestado de forma regionalizada, bastava que o prestador atendesse a dois ou mais entes públicos titulares do serviço, na forma do inciso VI do artigo 3º da referida legislação²³³.

É de se ressaltar também que a lei ampliou, como fora dito, o campo de atuação do setor ao defini-lo como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário,

²³² SOUZA; Rodrigo Pagani de. *et al.* **A nova regionalização do saneamento básico no Brasil: os Estados despontam como coordenadores da cooperação interfederativa.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 191-253, jul./set. 2023.

²³³ A redação original da Lei nº 11.445/2007 no seu artigo 3, inciso VI dispunha que: Art. 3 - Para os efeitos desta Lei, considera-se: VI - prestação regionalizada: aquela em que um único prestador atende a 2 (dois) ou mais titulares.

limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos (RSU), e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

Isto porque, até a publicação da referida legislação, as discussões acerca da responsabilidade e execução dos serviços de manejo de RSU e a drenagem urbana não eram questões prioritárias nos debates sobre saneamento básico.

Aposte-se também que a lei delineou apenas o exercício da titularidade, sem apontar qual ente público seria o responsável pelo exercício da titularidade. Neste caso, era natural que fosse incorporado o entendimento de que o serviço tinha um interesse local, o que fazia com que a titularidade fosse atribuída aos entes municipais.

Assim, a legislação se reservou a estabelecer a forma de exercitar a titularidade, atribuindo ao titular dos serviços a responsabilidade pela formulação da respectiva política pública de saneamento básico e pela elaboração dos planos de saneamento básico.

Restou permitida a prestação direta ou a delegação da organização, regulação, fiscalização e prestação desses serviços, conforme o art. 241 da CF/1988 e a Lei nº 11.107/2005, desde que definido o ente responsável pela regulação e fiscalização, além dos mecanismos de controle social, entre outras determinações.

A lei também definiu a existência de regulação como condição de validade dos contratos, alterando a forma como os serviços de saneamento eram regulados até então.

Em seu Capítulo V, artigo 21, incisos I e II, ela estabelece a obrigatoriedade da regulação dos serviços de saneamento, determinando que essa função deve ser exercida com independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora, além de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade nas decisões.

Entre as atribuições das agências reguladoras está a responsabilidade pela definição tarifária durante reajustes ou revisões contratuais.

Assim, a existência de regulação é uma condição essencial para a validade dos contratos, alterando, como dito antes, o modelo anterior onde os serviços de

saneamento eram autorregulados pelas próprias prestadoras, como as CESBs e as SAEs ou SAMAEs. Isso marcou o fim da cultura de autorregulação²³⁴.

É de se destacar que a universalização do saneamento básico foi assumida como um compromisso de toda a sociedade brasileira, conforme estabelecido pela Lei 11.445/2007, no entanto, não houve o estabelecimento de prazos ou metas para atingimento por parte dos prestadores de serviço.

Vale ressaltar que a norma sob comento impõe a necessidade de um esforço significativo de reforma institucional, envolvendo governos, prestadores de serviço, indústria, agentes financeiros e a sociedade por meio de suas organizações e canais de participação²³⁵.

Esse esforço se manifesta na busca por uma prestação de serviço de melhor qualidade, por meio da reorganização e fortalecimento institucional das atividades de gestão, incluindo planejamento, regulação, fiscalização, prestação de serviços e controle social.

Desde a edição original da Lei 11.445/2007 se percebe uma tentativa de compor uma organicidade interfederativa adequada para a prestação dos referidos serviços públicos.

Outra importante iniciativa orientada pela Lei 11.445/2007 é a elaboração do então denominado Plano Nacional de Saneamento Básico (PNSB), que posteriormente passou a ser chamado de PLANSAB é que se configurou como o eixo central da atuação do Governo Federal no setor.

O PLANSAB é responsável pela definição de programas, ações e estratégias de investimento, sendo parte substancial da agenda do Governo Federal para a política de saneamento básico²³⁵.

Essas iniciativas são desenvolvidas na perspectiva de ações articuladas entre os órgãos que atuam no setor, associando os esforços de todos os entes da

²³⁴ BORMA, Vera De Simone; MARTINS, Flávia Burmeister; LOCH, Rogério; MARTINELLI, Ivonir Antonio. Contexto Histórico Brasileiro Do Saneamento Básico: Planasa, Plansab, Pnsb E Lei Nº 14.026/2020. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 19., 2021, [S. l.]. **Anais [...]**. [S. l.]: Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas: Tribunal de Contas da União, 2021. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/xix-sinaop/wp-content/uploads/sites/2/2021/09/Desafio-1-CONTEXTO-HISTORICO-BRASILEIRO-DO-SANEAMENTO-BASICO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

²³⁵ BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS) Conceitos, características e interfaces dos serviços públicos de saneamento básico**. Brasília: [s.n.], 2009. 193p. (Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos; v. 2).

federação e demais agentes sociais e econômicos responsáveis pelo saneamento básico no país²³⁵.

Neste sentido, vale mencionar também o Pacto pelo Saneamento Básico, documento aprovado pelo Conselho das Cidades em 03/12/2008 por meio da Resolução Recomendada nº 62, que busca a adesão e o compromisso de toda a sociedade no processo de elaboração do PLANSAB²³⁵.

Ele visa estabelecer um ambiente de confiança e entendimento na construção dos caminhos para a universalização do acesso ao saneamento básico, com inclusão social e o engajamento de todos para o alcance dos objetivos e metas do Plano.

A referida legislação também traz a previsão de controle social dos serviços de saneamento básico. Conforme dispõe o seu artigo 47:

Art. 47. O controle social dos serviços públicos de saneamento básico poderá incluir a participação de órgãos colegiados de caráter consultivo, estaduais, do Distrito Federal e municipais, assegurada a representação.²³⁶

É imperioso pontuar que a participação social é essencial para tornar o desenvolvimento urbano mais inclusivo. Quando a comunidade se envolve, torna-se mais fácil trabalhar, pois os cidadãos passam a se ver como parte integrante na construção dos serviços de saneamento, além de reconhecer o trabalho realizado pelos órgãos executores.

É importante destacar que cada indivíduo também desempenha um papel fundamental na manutenção do saneamento e da qualidade ambiental, especialmente ao evitar a poluição do meio ambiente.

O contexto histórico e político da formação da Lei do Saneamento explica muito da realidade do setor atualmente. No entanto, o passado revela possíveis falhas no diálogo e enfatiza a necessidade de entender que os serviços precisam superar os interesses individuais e disputas políticas pelo poder²³⁷.

²³⁶ BRASIL. **Lei n. 11.445/2007**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=art.+47+da+lei+de+saneamento+basico+-+lei+11445%2F07>. Acesso em: 02 fev. 2025.

²³⁷ TEIXEIRA, Phelipe Austríaco. **A lei do saneamento (lei nº 11.445): reflexões sobre sua efetividade e contribuição para o direito à saúde**. 2018. 50 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6104/1/PATeixeira.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2024.

A discussão central não deveria ser apenas a busca pela titularidade ou pelo efetivo prestador dos serviços, mas sim o bem-estar físico, mental e social dos indivíduos que aspiram à confiança em um país democrático de direito²³⁷.

6.3 IMPACTO DOS INVESTIMENTOS POSSIBILITADOS PELA LEI 11.445/2007 EM CONJUNTO COM O PAC E DIFICULDADES ENFRENTADAS PELA NORMA

De se dizer que o Marco Legal de 2007 enfrentou obstáculos, especialmente as dificuldades dos municípios para cumprir as metas, como a elaboração dos Planos Municipais de Saneamento, resultando em várias extensões de prazos para tentar alcançar os objetivos²³⁸.

Os Municípios, com base no interesse local, possuem uma responsabilidade relevante na prestação dos serviços de saneamento básico. Estes entes podem contratar empresas prestadoras, formar parcerias municipais, entre outras opções.

No entanto, a prestação desses serviços deve ser planejada pelos próprios municípios através da elaboração dos seus Planos Municipais de Saneamento Básico (PMSB)²³⁹.

Os PMSBs visam estabelecer as diretrizes municipais na área de saneamento e devem estar em consonância com as diretrizes nacionais estabelecidas pela Lei nº 11.445/2007 e pelo Decreto nº 7.217/2010 (Brasil, 2010).

De acordo com a Lei nº 11.445/2007, os planos devem conter, no mínimo: i) diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida; ii) objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização; iii) programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e metas; iv) ações para emergências e contingências; e v) mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

²³⁸ SOUZA, Juliana Santos Alves de; TAVARES, Érica. Histórico do saneamento no Brasil e sua relação com as questões ambientais e urbanas. *In: SEMINÁRIO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL*, 22., 2021. Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes, 2021. Disponível em: <https://seminariodeintegracao.ucam-campos.br/wp-content/uploads/2022/04/HISTORICO-DO-SANEAMENTO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

²³⁹ AFONSO, Damares Lopes; ALMEIDA, Eduardo Simões de. **A Lei do saneamento básico e seu impacto nos índices de acesso aos serviços de saneamento básico**. Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, n. 56, p. 133-157, out./dez. 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10473/6/PPP_56_LeiSaneamento.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

Com o Decreto nº 7.217/2010, a existência dos planos tornou-se uma condição necessária para acesso aos recursos públicos federais destinados ao saneamento básico a partir de 2014.

Vale dizer que esta cláusula foi modificada três vezes até 2017: em 2014, o Decreto nº 8.211/2014 alterou a data do condicionamento dos recursos para 31 de dezembro de 2015; o Decreto nº 8.629/2015 mudou essa data para 31 de dezembro de 2017; e o Decreto nº 9.254/2017 a alterou novamente para 31 de dezembro de 2019²⁴⁰.

De acordo com o Panorama dos Planos Municipais de Saneamento Básico, apenas 30% dos municípios brasileiros haviam elaborado seus PMSBs.

Este panorama é uma síntese de levantamentos realizados por fontes governamentais, como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o Sistema Nacional de Informações em Saneamento (SNIS), além de fontes não governamentais, provenientes de estudos e pesquisas de entidades do setor de saneamento básico no Brasil, abrangendo o período de 2011 a 2016²⁴¹.

A construção do panorama ocorreu em três etapas: i) consulta e sistematização dos dados secundários existentes sobre o assunto; ii) aplicação de um questionário enviado aos municípios brasileiros; e iii) consolidação dos resultados provenientes das diversas fontes em um banco de dados.

O banco de dados do panorama informa quantos e quais municípios declararam que haviam elaborado seus planos ou estavam em fase de elaboração entre 2011 e 2016.

A publicação também identificou municípios com inconsistências de informação – por exemplo, aqueles que em um ano declararam ter elaborado o PMSB, mas em anos mais recentes afirmaram que o plano estava em fase de elaboração.

Além disso, há municípios cujas informações não constam no panorama porque não responderam aos questionários e pesquisas analisadas. Nesse caso,

²⁴⁰ AFONSO, Damares Lopes; ALMEIDA, Eduardo Simões de. A Lei do saneamento básico e seu impacto nos índices de acesso aos serviços de saneamento básico. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 56, p. 133-157, out./dez. 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10473/6/PPP_56_LeiSaneamento.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

²⁴¹ BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Panorama dos planos municipais de saneamento básico**. Brasília: Ministério das Cidades, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3IMgZnm>. Acesso em: 01 jul. 2024.

não se pode afirmar que não possuam o plano, apenas que não fazem parte da amostra apurada no panorama²⁴¹.

Percebe-se, diante de tal situação, que os esforços de coordenação institucionais e interfederativos são fundamentais para que haja um avanço nesta temática, sob pena de não serem alcançados os objetivos de universalização visados pela norma.

Pereira e Heller²⁴² apontam para a necessidade de os estados incentivarem os municípios a melhorar a qualidade de seus planos de saneamento, apoiando-os na superação dos desafios que surgem para garantir a qualidade do serviço, sem comprometer a autonomia e a coordenação atribuídas pela Lei do Saneamento.

Já no que diz respeito aos investimentos em saneamento básico no Brasil, é possível observar um aumento significativo no período posterior à promulgação da Lei do Saneamento Básico de 2007.

Os avanços propostos pela lei foram, em parte, viabilizados pelas obras do PAC — Programa de Aceleração do Crescimento.

Entre 2003 e 2006, a média de desembolso federal em saneamento foi de R\$ 1,57 bilhão ao ano. Esse aporte anual passou para R\$ 7,14 bilhões entre 2007 e 2015, período compreendido pelos PACs 1 e 2²⁴³.

De se dizer que esse aumento ainda é insuficiente para a universalização dos serviços em todo o território brasileiro. Estima-se que seriam necessários ao menos sete PACs consecutivos para que todos os brasileiros tivessem acesso aos serviços de saneamento básico²⁴⁴.

Além disso, os investimentos em saneamento, assim como outros investimentos em infraestrutura no Brasil, enfrentam desafios, tais como a por diversas vezes mencionada falta de coordenação das ações da administração

²⁴² PEREIRA, Tatiana Santana Timóteo; HELLER, Léo. **Planos municipais de saneamento básico: avaliação de 18 casos brasileiros**. Revista Engenharia Sanitária e Ambiental, Rio de Janeiro, v. 20, p. 395-404, set. 2015.

²⁴³ **PAC atendeu ‘uma Inglaterra’ com saneamento básico em oito anos**. Portal Saneamento Brasil, São Paulo, 12 fev. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/36Rx8Ur>. Acesso em: 01 jul. 2024.

²⁴⁴ AFONSO, Damara Lopes; ALMEIDA, Eduardo Simões de. A Lei do saneamento básico e seu impacto nos índices de acesso aos serviços de saneamento básico. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 56, p. 133-157, out./dez. 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10473/6/PPP_56_LeiSaneamento.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

pública entre os níveis municipal, estadual e federal, além de ineficiências na gestão dos recursos e dos processos²⁴⁵.

Apesar do aumento dos investimentos entre 2007 e 2015, a distribuição dos serviços de saneamento no Brasil permaneceu desigual.

As regiões Norte e Nordeste continuaram apresentando as maiores deficiências na distribuição desses serviços em comparação à região Centro-Sul do país²⁴⁶.

A Figura 3 apresenta a distribuição espacial dos índices de acesso aos serviços públicos de saneamento básico nos municípios brasileiros. São considerados os serviços de abastecimento de água, coleta de lixo e esgotamento sanitário, conforme previsto pela Lei nº 11.445/2007.

Os dados são provenientes do Sistema de Informações sobre a Atenção Básica (SIAB) e estão disponíveis na plataforma Datasus. Eles informam o percentual de famílias cadastradas na atenção básica com acesso aos serviços de saneamento básico nos anos de 2005 e 2015²⁴⁷:

Figura 6 - Distribuição do acesso a serviços de água, esgoto e lixo por Município

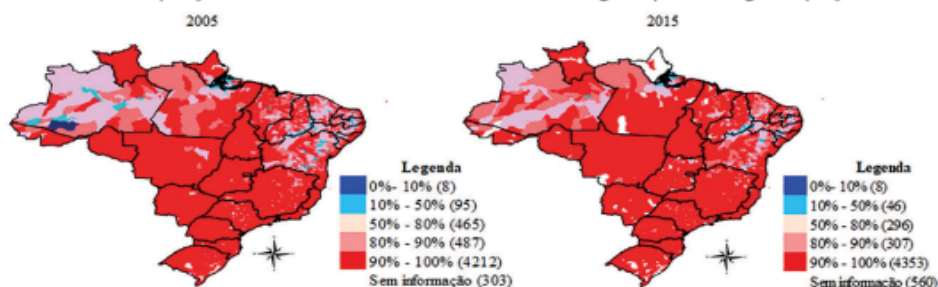
²⁴⁵ FRISCHTAK, Cláudio R. **O investimento em infraestrutura no Brasil: histórico recente e perspectivas**. Pesquisa e Planejamento Econômico, Brasília, v. 38, n. 2, 2008.

²⁴⁶ VENSON, A. H.; RODRIGUES, K. C. T. T.; CAMARA, M. R. G. **Distribuição espacial do acesso aos serviços de saneamento básico nas microrregiões brasileiras de 2006 a 2013**. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS REGIONAIS E URBANOS, 13., 2015, Curitiba, Paraná. Anais [...]. São Paulo: Aber; UFPR, 2015.

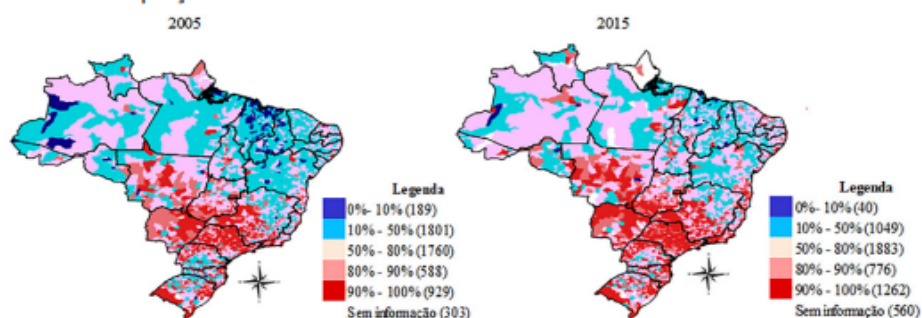
²⁴⁷ AFONSO, Damares Lopes; ALMEIDA, Eduardo Simões de. A Lei do saneamento básico e seu impacto nos índices de acesso aos serviços de saneamento básico. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 56, p. 133-157, out./dez. 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10473/6/PPP_56_LeiSaneamento.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

Distribuição do acesso aos serviços de abastecimento de água, coleta de lixo e esgotamento sanitário nos municípios brasileiros (2005 e 2015)

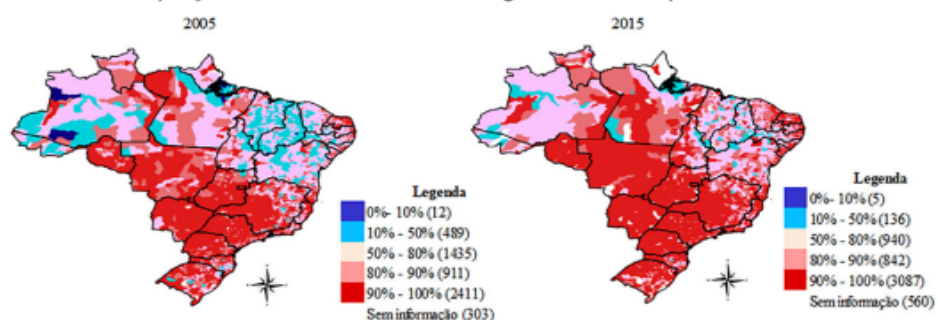
1A – Proporção de famílias com abastecimento de águas por rede geral, poço ou nascente



1B – Proporção de famílias com lixo coletado



1C – Proporção de famílias com rede de esgoto ou fossa séptica



Fonte: ArcView 3.2, com base nos dados do SIAB.

Fonte: IPEA (2020).

A Figura 6 revela que o déficit na cobertura dos serviços de saneamento relacionados à coleta de lixo e ao esgotamento sanitário é maior em comparação aos serviços de abastecimento de água.

Observa-se que o acesso das famílias a esses serviços aumentou em 2015 em relação a 2005. No entanto, a estrutura de distribuição permaneceu inalterada, com as regiões Norte e Nordeste apresentando o maior déficit no acesso a esses serviços em comparação à região Centro-Sul²⁴⁷.

Como vem sendo salientado no decorrer desta tese, o saneamento é um direito humano universal, consagrado pela Lei nº 11.445/2007, a Lei do Saneamento,

aprovada após quase duas décadas de ausência de regulamentação e ordenamento jurídico.

A lei estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e incorpora princípios fundamentais: universalidade, equidade, integralidade, intersetorialidade, eficiência e sustentabilidade econômica, transparência, controle social, segurança, qualidade e regularidade.

Embora a promulgação da Lei do Saneamento tenha trazido um alento inicial após intermináveis discussões e proposições, ficou claro em pouco tempo que os desafios impostos pelos princípios mencionados exigiriam um enorme esforço conjunto entre as esferas de governo e os poderes públicos para sua implementação e garantia de recursos destinados à ampliação do atendimento, especialmente para os segmentos sociais menos favorecidos pela pobreza²⁴⁸.

Somente com essa pretensão será possível alcançar a efetivação dos princípios de universalização e integralidade dos serviços de saneamento²⁴⁹.

A lei deu maior objetividade e clareza ao princípio da sustentabilidade econômico-financeira, assegurando o equilíbrio dos contratos e a modicidade tarifária. Também incluiu mecanismos que incentivam a eficiência e eficácia dos serviços, permitindo que os ganhos de produtividade sejam repassados à sociedade²⁵⁰.

Para garantir essa nova modelagem, a Lei nº 11.445/2007 estabeleceu a necessária articulação com outras políticas de desenvolvimento urbano e regional, habitação, combate à pobreza, proteção ambiental e promoção da saúde.

²⁴⁸ TEIXEIRA, Phelipe Austríaco. **A lei do saneamento (lei nº 11.445): reflexões sobre sua efetividade e contribuição para o direito à saúde**. 2018. 50 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6104/1/PATeixeira.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2024.

²⁴⁹ SCARATTI, D.; MICHELON, W.; SCARATTI, G. **Avaliação da eficiência da gestão dos serviços municipais de abastecimento de água e esgotamento sanitário utilizando Data Envelopment Analysis**. Revista Engenharia Sanitária e Ambiental, Rio de Janeiro, v. 18, p. 333-340, dez. 2013.

²⁵⁰ BORMA, Vera De Simone; MARTINS, Flávia Burmeister; LOCH, Rogério; MARTINELLI, Ivonir Antonio. Contexto Histórico Brasileiro Do Saneamento Básico: Planasa, Plansab, Pnsb E Lei Nº 14.026/2020. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 19., 2021, [S. l.]. **Anais [...]**. [S. l.]: Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas: Tribunal de Contas da União, 2021. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/xix-sinaop/wp-content/uploads/sites/2/2021/09/Desafio-1-CONTEXTO-HISTORICO-BRASILEIRO-DO-SANEAMENTO-BASICO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

Também definiu as formas e condições para assegurar a universalização, integralidade, eficiência, sustentabilidade financeira e o controle social dos serviços de saneamento²⁵¹.

Contudo, apesar de definir regras para a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico, o marco legal de 2007 não conseguiu resolver os conflitos entre estados e municípios sobre a titularidade dos serviços, conflitos esses exacerbados desde o declínio do PLANASA e pela indefinição da autonomia das áreas designadas como regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (Constituição Federal, artigo 25, § 3º).

Embora a Lei nº 11.445/2007 tenha representado um avanço significativo ao estabelecer um Marco Legal para o setor de saneamento básico, questões polêmicas ainda persistiram nos anos seguintes.

A articulação entre estados, municípios, prestadores de serviços, usuários e agências reguladoras continuou a ser debatida, especialmente em temas como regulação, definição de preços públicos, titularidade, prestação regionalizada e planos de saneamento básico.

6.4 O CAMINHO PARA UMA NOVA REFORMA DA LEI DO SANEAMENTO BÁSICO

No final de 2016, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 241/2016 foi aprovada, transformando-se na Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, instituindo um teto para os gastos públicos pelos próximos 20 anos²⁵².

O cenário de congelamento dos orçamentos e gastos federais, analisado junto com os indicadores de saneamento do SNIS — Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento, demonstrava que não haveria recursos públicos suficientes para alcançar as metas de universalização do Plano Nacional de Saneamento Básico²⁵³.

²⁵¹ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. MOREIRA, Egon Bockmann e DUTRA, Joisa.. **Competência e Governança no Saneamento: Quem faz o que?** Rio de Janeiro: FGV CERI, 2021. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/competencia-e-governanca-no-setor-de-saneamento-quem-faz-o-que-te-xto-para-discussao>. Acesso em: 05 jul. 2024.

²⁵² BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 29 dez. 2023.

²⁵³ GONÇALVES, Sergio Antônio. **A política pública de saneamento no Brasil: da Lei 11.445/2007 aos movimentos político-institucionais para sua revisão**. 2019. 102 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de

Com isso, a necessidade de atualização do Marco Legal começou a ser disseminada. Foram quatro documentos - duas Medidas Provisórias (844/2018, 868/2018) e dois Projetos de Lei (10.996/2018 e 4.162/2019) - até se chegar ao texto final aprovado pela Câmara dos Deputados em dezembro de 2019 e pelo Senado em junho de 2020²⁵⁴.

A Lei nº 14.026/2020, publicada com vetos em relação aos prazos para a renovação dos contratos de programa, entrou em vigor em 15 de julho de 2020.

O ponto mais destacado da atualização da Lei do Saneamento foram as metas de universalização dos serviços, com atendimento de 99% da população com água potável e 90% com coleta e tratamento de esgoto até 31 de dezembro de 2033²⁵⁵.

No entanto, o alcance dessas metas requer a superação de diversos desafios, tais como: (i) a fragmentação na operação do setor de saneamento básico, (ii) o elevado número de agências reguladoras do setor (mais de oitenta), (iii) a falta de universalização da regulação e (iv) a escassez de investimentos.

Os autores Sion²⁵⁶ e Silva, Serpa e Leal²⁵⁷ concordaram com essa análise e destacaram que a atualização do Marco Legal tem a capacidade de implementar avanços no fortalecimento da regulação do setor, principalmente ao estabelecer a obrigatoriedade da regulação para todos os prestadores, independentemente da modalidade jurídica da prestação dos serviços.

Janeiro, 2019. p. 75. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/40168>. Acesso em: 05 jul. 2024.

²⁵⁴ **CÂMARA aprova PL do saneamento; destaques ficaram para próxima semana.** Agência CNM de notícias. Brasília, 12 dez. 2019. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/camara-aprova-pl-do-saneamento-destaques-ficaram-para-proxima-semana>. Acesso em: 01 jul. 2024.

²⁵⁵ VILARINHO, Cíntia Maria Ribeiro; COUTO, Eduardo de Aguiar do. **Saneamento Básico e Regulação No Brasil: desvendando o passado para moldar o futuro.** Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 233-257, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/195980>. Acesso em: 01 jul. 2024.

²⁵⁶ SION, Alexandre Oheb. **Necessidade de investimentos em infraestrutura para universalização do saneamento básico no combate a pandemias: uma análise do enfrentamento à COVID-19 à luz do novo marco legal do saneamento básico.** Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 111-141, 2020. p. 135. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/12>. Acesso em: 01 jul. 2024.

²⁵⁷ SILVA, Josivaldo Alves da.; SERPA Samanda Araújo.; LEAL, Viviane Araújo. **A relação do aumento de casos do novo Coronavírus com a falta de Políticas Públicas de saneamento básico nas capitais das regiões Sul e Norte do Brasil.** Research, Society and development, [São Paulo], v. 10, n. 2, p. 1-20, 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/3556/Downloads/11755-Article-162963-1-10-20210207.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

Percebe-se que a construção da nova legislação intenta incrementar a participação privada no setor, e em razão disso busca fortalecer a segurança jurídica de novos contratos, ponto essencial para haver êxito neste objetivo. Assim, percebe-se que a nova regra se pautou, para além da noção jurídica, em aspectos econômicos, trazendo em seu corpo conceitos afetos à disciplina da Análise Econômica do Direito, tudo isso buscando a uniformização dos contratos e a regionalização da prestação do serviço, visando promover maior eficiência e ganhos de escala para os concessionários.

No próximo capítulo serão exploradas as teorias que tratam da Análise Econômica do Direito, algo essencial para entender como o novo marco legal do saneamento fora concebido.

7 ASPECTOS ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O SETOR DE INFRAESTRUTURA NO BRASIL

O déficit do setor de infraestrutura é algo bastante sensível no dia a dia da população brasileira. Referido déficit abarca tanto o setor da infraestrutura *hard*, que envolve investimentos vultosos para construção de prédios e equipamentos, como no setor da infraestrutura *soft*, que abrange a prestação de serviços de limpeza de ruas, saneamento, educação entre outros²⁵⁸.

Os desafios que precisam ser enfrentados pelo Estado brasileiro perpassam pela viabilização de recursos para investimentos bem como pela criação de regras e construção de um ambiente institucional seguro/saudável/estável que tenham capacidade de gerar confiança para viabilizar a atração das ferramentas capazes de suprir esse grande déficit conjuntural no setor de infraestrutura.

De se dizer que, de 2001 até 2019, a média dos investimentos em infraestrutura foi de cerca de 2% do Produto Interno Bruto – PIB brasileiro²⁵⁹. No entanto, para que o Brasil se torne um Estado de modernidade em termos de qualidade na sua infraestrutura, seria necessário um investimento médio de cerca de 4% do Produto Interno Bruto durante os próximos 20 anos²⁶⁰. Tendo por base o resultado do Produto Interno Bruto de 2020²⁶¹, o investimento necessário nos próximos 20 anos seria próximo dos R\$ 6.000.000.000,00 (seis trilhões de reais).

Como se percebe, o setor de infraestrutura comporta uma atuação multidisciplinar de diversos campos do conhecimento. Tendo como foco a pesquisa proposta nessa tese, este capítulo tratará da intersecção entre o Direito e a Economia, com enfoque na Análise Econômica do Direito buscando entender qual contribuição tal disciplina pode trazer ao setor de infraestrutura no Brasil.

²⁵⁸ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo. Quartier Latin, 2011. p. 55.

²⁵⁹ PIRES, Manoel. Investimentos públicos: 1947-2023. In: PIRES, Manoel. **Observatório de política fiscal**. [Rio de Janeiro], 29 maio 2024. Disponível em: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/investimentos-publicos-1947-2020>. Acesso em: 01 jul. 2024.

²⁶⁰ FRISCHTAK, Cláudio R.; MOURÃO, João. **Uma Estimativa do Estoque de Capital de Infraestrutura no Brasil**. Brasília: IPEA, 2017. p. 25. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/180413_desafios_da_nacao_artigos_vol1_cap02.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

²⁶¹ IBGE. **Produto Interno Bruto - PIB**. [Rio de Janeiro: IBGE], [20--]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 01 jul. 2024.

7.1 BREVE INTRODUÇÃO ACERCA DO DIREITO E DA ECONOMIA

O propósito deste capítulo passa muito longe de tentar ensinar o que é a Economia. No entanto, é necessário ter em mente alguns conceitos básicos desse campo de conhecimento para que se avance no tema da Análise Econômica do Direito.

A Economia é vista como uma ciência social que estuda de qual maneira a sociedade decide/escolhe como empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços. De acordo com os ensinamentos de Vasconcellos e Garcia²⁶²:

Como ciência social, o estudo da teoria econômica pertence ao campo das ciências humanas. Como repousam sobre decisões humanas, as decisões econômicas envolvem juízo de valor, dando origem a diferentes formas de interpretação e, conseqüentemente, a várias correntes de pensamento econômico.

Por outro lado, o Direito, pode ser visto como um fenômeno universal²⁶³, a totalização de valores e fatos em normas que obrigam os seus destinatários a determinadas condutas, possibilitando a convivência destes em sociedade. Neste sentido, percebe-se a existência de uma característica axiológica pautada pelo valor de justiça, outra fática que envolve aspectos sociais e uma normativa que estipula o dever-ser, permitindo dizer, de acordo com Reale²⁶⁴ que “direito é a realização ordenada e garantida do bem comum, numa estrutura tridimensional bilateral atributiva”.

Em que pese tenham objetos de estudos distintos, o Direito e a Economia possuem, de certa forma, estabilidade, segurança e eficiência nas relações existentes no seio social. No entanto, é fácil perceber que essa busca ocorre através de métodos diversos.

A Economia é marcada por métodos empíricos de pesquisa e por soluções matemáticas que clareiam o custo de oportunidade das ações a serem produzidas com vistas ao alcance da eficiência. Já o Direito tem como característica marcante o

²⁶² VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de e GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos da Economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21

²⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 34

²⁶⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Bushatsky, 1973. p. 88.

exercício da hermenêutica (como ressaltado acima), com a observância dos conceitos de legalidade visando alcançar a justiça.

A simbiose desses campos de conhecimento também pode ser vista na medida em que as normas jurídicas vigentes norteiam o campo de análise da teoria econômica, assim como o surgimento de novos pontos/questões de cunho econômico possui a capacidade de delinear o modelo de atuação jurídico.

Diante dessas características interdisciplinares entre o Direito e a Economia, passou a ganhar força, principalmente nos Estados Unidos da América, a disciplina da *Law and Economics*.

Cabe ressaltar que numa tradução literal do idioma norte americano o termo *Law and Economics* pode ser referido como Direito e Economia. No Brasil²⁶⁵, a doutrina se refere a tal disciplina ora como Direito e Economia ora como Análise Econômica do Direito. Para fins dessa tese, adotarei a segunda terminologia.

Tal disciplina se propõe a recorrer a conceitos e métodos econômicos para examinar o Direito sob esse espectro²⁶⁶.

Neste sentido, a Análise Econômica do Direito pode ser vista como um instituto que busca reformar a visão clássica do Direito através de um olhar econômico, tendo como objetivo a resolução de demandas da sociedade de maneira mais consequencialista, eficiente e menos custosa sendo utilizada, para tanto, premissas e conceitos elaborados por economistas. Nas palavras de Ivo Gico Jr²⁶⁷:

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são juseconomistas.

²⁶⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017. p. 13.

²⁶⁶ MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. p. 5.

²⁶⁷ GICO JUNIOR, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis Of Law Review, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794/2034>. Acesso em: 20 jun. 2024.

Mais adiante, vamos explorar a disciplina sob questão, trazendo detalhes sobre suas origens, escolas e vertentes de pensamentos, olhar normativo e positivo e suas possíveis contribuições para a segurança jurídica no setor de infraestrutura.

7.2 ORIGENS DA *LAW AND ECONOMICS* (ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO)

No decorrer da história, podemos identificar momentos em que, de certa forma, essa maneira de análise de argumentos legais e econômicos foram conjugados. Ainda que de um formato inconsciente (ou não), conseguimos perceber, em estudiosos de outrora, a simbiose das disciplinas do Direito e da Economia em alguns escritos.

Em que pese a Análise Econômica do Direito ter como berço (reconhecido) os Estados Unidos, podemos citar diversos autores não americanos que trataram de problemas relacionados ao bem-estar humano, a ética e a economia sob um aspecto jurídico legal (ainda que não corresponda aos conceitos da Análise Econômica do Direito atual). Dentre eles Adam Smith, Thomas Malthus e David Ricardo.

Vale mencionar também o trabalho seminal de Victor Mataja, que tratou da responsabilidade civil sob o ponto de vista da economia política. Neste último caso, Mataja antecipou ideias que viriam a ser incorporadas pelo movimento norte americano anos depois^{268, 269, 270, 271, 272}.

Também é importante destacar o trabalho produzido por Coase²⁷³ em 1937. No artigo *The Nature of Firm*, onde ele trata da natureza e dos limites das empresas, percebemos uma forte interação entre teorias econômicas e questões jurídicas que

²⁶⁸ GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. **History of Law and Economics**. Germany: Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2014. (Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 2014/5).

²⁶⁹ RICARDO, David. **An Essay on the influence of a low Price of Corn on the Profits of Stock**. London. Jonh Murray. 1815. p. 1-17.

²⁷⁰ MALTHUS, Thomas. **An Essay on the principle of population**. London. Eletric Book Co., 2001.

²⁷¹ MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishers, 2000.

²⁷² ENGLARD, Izhak. **Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort**. International Review of Law and Economics, [S. l.], v. 10, p. 173-191, 1990.

²⁷³ COASE, Ronald Harry. **The Nature of the Firm**. Economica, Londres, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

visam a eficiência na produção, com foco na redução de custos e maximização de lucros.

Já pelo lado norte americano, como fora bem notado por Posner²⁷⁴, até o início dos anos 1960 as disciplinas de Direito e Economia eram conjugadas para observar leis antitrustes. Embora houvesse um interesse considerável nos aspectos econômicos acerca da tributação, serviços públicos e regulamentação de transportes, a inserção da Análise Econômica do Direito se deu num primeiro momento na literatura antitruste.

A partir de uma perspectiva institucional, podemos indicar que as bases conceituais para o desenvolvimento da disciplina da Análise Econômica do Direito foram lançadas na Universidade de Chicago entre as décadas de 1940 e 1950, quando professores de economia passaram a realizar análises interdisciplinares, principalmente na lei antitruste mencionada anteriormente, na faculdade de direito.

O principal nome dessa época foi Aaron Director. Economista de formação, fora nomeado para a Escola de Direito de Chicago. Director começou a ministrar suas aulas no ano de 1946, tendo papel determinante nas mencionadas discussões interdisciplinares dentro e fora da sala de aula sobre Direito e Economia.

Seus primeiros grandes *insights* acerca da Análise Econômica do Direito surgiram quando se juntou a Edward H. Levi, então professor de Direito, na disciplina de direito antitruste²⁷⁵. Director buscava convencer seus colegas advogados, dentre eles o próprio Levi, acerca da aplicação das percepções e princípios da economia ao raciocínio jurídico.

Vale ressaltar que muitos dos alunos da Universidade de Chicago (Economistas treinados como advogados e vice-versa) passaram a publicar, em meados da década de 1970²⁷⁶, livros sobre o direito antitruste que tiveram como fonte de inspiração as aulas ministradas por Levi e Director na década de 1950.

²⁷⁴ POSNER, Richard Allen. **The Economic Approach to Law**. Cheltenham: Texas Law Review, 1975. p. 758.

²⁷⁵ DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. New York: Clarendon Press – Oxford, 1995. p. 342-346.

²⁷⁶ Nos seus agradecimentos, Rober Bork menciona que “muito do que foi dito aqui deriva do trabalho de Aaron Director, que sempre pareceu para mim e para outros, o pensador seminal na área de direito antitruste econômico. Eu tive o prazer de ser seu aluno entre 1953 e 1954, e nossas discussões permanentes e substanciais modificaram minha maneira de pensar”. Cf. BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. New York: Basic Books, 1978.

Director ainda fundou o *Journal of Law and Economics* da Universidade de Chicago, no ano de 1958²⁷⁷.

Se afastando um pouco das questões relacionadas ao Direito Antitruste (tais como monopólio, racionalidade econômica e suas consequências práticas), os anos 1960 trouxeram uma nova fase ao desenvolvimento da Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos.

Esse novo modelo de abordagem pode ser visto no artigo produzido por Coase²⁷⁸, intitulado *The Problem of Social Cost*, artigo este que lhe rendeu um prêmio Nobel. O referido artigo aplica de forma ampla conceitos da Ciência Econômica ao sistema legal e ressalta a importância de instituições legais e os custos de transação nos processos de alocação de recursos na sociedade.

Vale ressaltar que é fundamental entender como as instituições e organizações, dentro do conceito estabelecido por North²⁷⁹, produzem normas e como elas são interpretadas pelos agentes/instituições competentes, visando aferir a qualidade da regulação produzida, sua segurança jurídica e a relação desses pontos com o setor de infraestrutura nacional.

Após o trabalho de Coase sobre o custo social, outros economistas desenvolveram teorias econômicas interligadas às questões jurídicas. Neste sentido, podemos trazer a rica obra de Gary Becker²⁸⁰, do Departamento de Economia de Chicago, que pode ser creditado por aplicar princípios econômicos ao crime, a discriminação racial e a questões de família.

No entanto, vale mencionar que o crescimento da disciplina da Análise Econômica do Direito nos EUA, pode e deve ser atribuída a juristas que se

²⁷⁷ ADDO, Koran; NELSON, Simone. **An “unparalleled experience”: UChicago students at the democratic, republican conventions.** In: UChicago News. Chicago, 29 aug. 2024. Disponível em: <http://www-news.uchicago.edu/releases/04/040913.director.shtml>. Acesso em: 08 jul. 2022.

²⁷⁸ COASE, Ronald Harry. **The Problem of Social Cost.** The Journal of Law and Economics, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

²⁷⁹ Vale mencionar aqui que para North instituições são as “regras do jogo”, compreendidas nesse conceito tanto as regras formais quanto as informais, além de suas características de eficácia. Já as organizações são os “jogadores”, cada qual formada por indivíduos reunidos em torno de um objetivo comum, que pode ser econômico (empresas, sindicatos etc.), político (Estado e seus poderes) e educacional (Universidades, escolas etc.). Cf. NORTH, Douglas Cecil. **Institutions, Institutional changes and Economic Performance.** New York: Cambridge Press University, 1990.

²⁸⁰ Destacamos as seguintes obras: BECKER, Gary Stanley. **The Economics of Discrimination.** v. 3. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1957. BECKER, Gary Stanley. **Crime and Punishment: An Economic Approach.** Journal of Political Economy, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968. BECKER, Gary Stanley. **A Treatise on the Family.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1981.

convenceram da importância de aplicar princípios econômicos dentro do seu principal campo de pesquisa, qual seja, a Lei. Dentre eles, podemos nos referir a Guido Calabresi, Henry Manne e Richard Posner.

Guido Calabresi, na década de 1960, era Professor da Escola de Direito de Yale tendo posteriormente se tornado Juiz Federal na Corte de Apelações do Segundo Circuito, que abrange os Estados de Connecticut, Nova Iorque e Vermont, nos Estados Unidos²⁸¹.

A contribuição de Calabresi, em meados dos anos 1960, se deu quando ele iniciou um programa de pesquisa que o levou a realizar a publicação de uma série de artigos sobre responsabilidade civil, nos quais ele explicou sua estrutura com base em princípios econômicos simples. Seu artigo intitulado *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*²⁸² é considerado um dos grandes marcos da Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos.

Já Henry Manne tem um papel de destaque em razão do trabalho desenvolvido na Faculdade de Direito George Mason, onde criou o primeiro centro acadêmico dedicado ao estudo da Análise Econômica do Direito. Manne desenvolveu cursos intensivos de microeconomia para juízes e para professores de direito²⁸³. De acordo com Butler²⁸⁴, a presença de juízes no programa desenvolvido por Manne resultou na aceitação das abordagens realizadas pela Análise Econômica do Direito no âmbito dos Tribunais.

Por último, e não menos importante, podemos nos referir a Richard Posner como um dos grandes expoentes da Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos. Posner foi professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago desde o final dos anos 1960 até o ano de 1981, quando passou a ocupar o cargo de Juiz Federal da Corte de Apelação do Sétimo Circuito, que abrange os Estados de Illinois, Indiana e Wisconsin.

²⁸¹ Para mais detalhes sobre a divisão dos Sistemas Judiciários Norte Americanos vide COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Traduzido por Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 79-81.

²⁸² CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**. Yale Law Journal, Connecticut, v. 70, n. 4. 1961.

²⁸³ MANNE, Henry Girard. **How law and economics was marketed in a hostile world: a very personal history**. George Mason Law & Economics Research Paper, [S. l.], n. 06-49, p. 309-327. 2005.

²⁸⁴ BUTLER, Henry Nodle. **The Manne Programs in Economics for Federal Judges**. Case Western Reserve Law Review, Cleveland, v. 50, n. 2. 1999.

Durante sua vida acadêmica na Universidade de Chicago, Posner fundou²⁸⁵, em 1972, o *Journal of Legal Studies*, que tem como foco a pesquisa acadêmica interdisciplinar entre o direito e instituições jurídicas, com abordagens em Ciências Sociais, Economia e Ciência Política.

No entanto, em que pese sua extensa obra, podemos afirmar que seu trabalho fundamental foi a edição, em 1973, do livro *Economic Analysis of Law*. O livro de Posner foi o primeiro a sujeitar quase todo o sistema jurídico em toda a sua amplitude a uma análise sistemática de uma perspectiva econômica.

Uma das ideias trazidas por Posner foi a teoria que a eficiência (em grande parte definida como maximização da riqueza) deveria justificar a estrutura da lei comum em todo o sistema legal. Essa foi a visão que prevaleceu durante muito tempo dentro da escola de Chicago.

Como se percebe, a provocação de Posner sobre ser a eficiência um fundamento basilar para construção do sistema jurídico-legal, devendo a maximização de riqueza ser um alvo a ser buscado, despertou inúmeras discussões no meio acadêmico, que serão exploradas mais adiante.

O fato é que, a escola de Chicago, devido a atuação de Posner, tem um papel muito importante no desenvolvimento da disciplina. No entanto, não é a única escola a tratar da simbiose entre Direito e Economia. No próximo tópico, abordaremos escolas que tratam do tema bem como algumas disciplinas que podem servir de ferramentas para o uso da abordagem proposta pela Análise Econômica do Direito.

7.3 ESCOLAS E CAMPOS DE PESQUISA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A possibilidade de campos temáticos afetos à Análise Econômica do Direito é bastante ampla. É natural que as abordagens e metodologias se dissipam no meio doutrinário e acadêmico. Assim, não é surpresa que tenhamos escolas que se utilizem da Análise Econômica do Direito para a realização de pesquisas com objetos distintos.

²⁸⁵ POSNER, Richard Allen. **The Economic Approach to Law**. Cheltenham: Texas Law Review, 1975. p. 758.

Quando consultamos a Enciclopédia Virtual de Direito e Economia²⁸⁶ podemos perceber as diferentes escolas e disciplinas que podem ser incorporadas na abordagem da Análise Econômica do Direito. Podemos destacar, seja por contribuição destacada ao tema seja por aderência ao objeto desta tese, as Escolas de Chicago, de New Haven, a Austríaca, a Institucionalista e a Neo-Institucionalista.

Afora as mencionadas escolas, a Análise Econômica do Direito possui alguns campos/disciplinas que, embora não se enquadrem como escolas propriamente ditas, terminam por integrar as pesquisas das escolas referidas em abordagens específicas. Nessa linha, podemos mencionar as pesquisas com a Teoria dos Jogos, com a Economia Comportamental, com o Direito, Economia e Desenvolvimento. Todas essas disciplinas/matérias podem ser aplicadas a pesquisa em Direito. Passemos então a analisar as escolas referidas inicialmente.

7.3.1 A Escola de Chicago

A Escola de Chicago, que tem como destaque Richard Posner, tinha como premissa que a eficiência era a fundação ética do direito. Mas qual seria o conceito de eficiência?

Para Cooter e Ulen²⁸⁷, um processo de produção é eficiente quando não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando determinada combinação de insumos de custo menor ou quando não é possível obter mais produção utilizando a mesma combinação de insumos.

Afora esse conceito, é importante aqui agregar mais algumas ideias acerca da eficiência, dentre elas a eficiência de Vilfredo Pareto²⁸⁸. De acordo com o conceito estabelecido por Pareto²⁸⁹:

o bem-estar de uma sociedade é máximo se não existe outro estado tal que seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o

²⁸⁶ **ENCYCLOPEDIA of Law & Economics.** In: FindLaw. [S. l.: Edward Elgar Publishing, 2000]. Disponível em: <https://reference.findlaw.com/lawandeconomics.html>. Acesso em: 20 jul. 2021.

²⁸⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia.** Traduzido por Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

²⁸⁸ VILFREDO, Pareto. **italian economist and sociologist.** In: Britannica Money: Encyclopedia Britannica. [S. l.], 14 aug. 2024 Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Vilfredo-Pareto>. Acesso em: 28 jul. 2021.

²⁸⁹ GARCIA, Fernando. **Manual de economia política.** Prefácio de Vilfredo Pareto. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 13

bem-estar dos demais; isto é, não há forma de melhorar a situação de um, sem prejudicar a situação dos outros.

Levando tal conceito ao limite, imaginemos uma situação em que, de um lado existisse um determinado grupo de pessoas, numa comunidade ou país, que detivesse sob suas mãos uma grande concentração de riqueza e de outro um outro grupo de pessoas, quiçá significativamente maior, vivendo no limite da pobreza. A situação de melhora desse segundo grupo que minimamente piorasse, ainda que de forma irrelevante, a situação do segundo grupo não seria eficiente sob prisma do conceito de Pareto. Diante dessa problemática posta, surge o critério proposto por Nicholas Kaldor²⁹⁰ e John Richards Hicks²⁹¹.

O critério de Kaldor-Hicks se vale da premissa de que, mesmo que haja a piora da situação de um determinado grupo, se houver a possibilidade, ainda que teórica, de se compensar o referido grupo, haverá eficiência²⁹². De certa forma, o critério de Kaldor-Hicks suaviza e complementa o critério de Pareto na medida que busca superar a restrição imposta por Pareto que atrela a situação de eficiência a não piora da situação de algum indivíduo.

Para a escola de Chicago as normas jurídicas seriam avaliadas com base na eficiência de Kaldor-Hicks. Assim sendo, observar o caso concreto e avaliar sua eficiência sob esses parâmetros é um pré-requisito fundamental para interpretação das normas jurídicas. Em decorrência dessa forma de interpretar a norma jurídica, o conceito de justiça é colocado em perspectiva conforme sua capacidade de atingir a maior eficiência ou de maximizar da melhor forma a riqueza num determinado caso concreto.

Vale destacar que, em que pese a inovação trazida, a posição adotada pela Escola de Chicago, na medida em que equipara os conceitos de justiça e eficiência para determinar a aplicação das normas jurídicas, foi alvo de diversas críticas.

²⁹⁰ Nicholas Kaldor, foi um economista húngaro considerado como um dos mais importantes economistas de Cambridge (Inglaterra) no período do pós-guerra. Cf. NICHOLAS Kaldor: **Biography**. In: JewAge. [S. l.: JewAge], [20--]. Disponível em: https://www.jewage.org/wiki/en/Article:Nicholas_Kaldor_-_Biography. Acesso em: 29 jul. 2024.

²⁹¹ John Richards Hicks, foi um economista inglês vencedor do Prêmio Nobel de Economia no ano de 1972. Cf. SIR JOHN R. Hicks: **British economist**. In: Britannica Money: Encyclopedia Britannica. [S. l.], 15 may 2024. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/John-R-Hicks>. Acesso em 29 jul. 2021.

²⁹² STRINGHAM, Edward. **Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning**. The Quarterly Journal of Austrian Economics, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 41-50. 2001.

Um dos mais críticos a essa tese foi Ronald Dworkin²⁹³, para quem a maximização da riqueza sequer poderia ser considerada um valor eis que não se trata de um fim em si mesmo. De acordo com Dworkin, caso se considere a maximização da riqueza um valor, pode-se dizer que se trataria de um valor repugnante à maioria das pessoas, e por conta disso não seria um valor apto a guiar a construção de políticas públicas e muito menos o sistema jurídico.

É importante salientar que tanto essa como outras críticas²⁹⁴ fez Posner mudar de opinião décadas mais tarde, resultando no abandono da ideia de eficiência ou maximização de riquezas como fundação ética do direito. A partir dessa mudança, Posner passa a considerar outros valores, tais como o pragmatismo jurídico, como critério para a obtenção de justiça.

Desta forma, a norma jurídica passa a ser vista, por parte de Posner, como um incentivo para atingir objetivos perseguidos pela noção de justiça, devendo ser observado um papel mais discreto à maximização de riqueza. Sendo assim, diante do caso concreto, o juiz vai analisar as consequências e tomar a decisão que, considerados os valores que regem o ordenamento jurídico, alcance a maior eficiência²⁹⁵.

7.3.2 A Escola de New Haven

A Escola de New Haven, também conhecida como Escola de Yale, tem como principal representante o já mencionado jurista Guido Calabresi. O principal objetivo perseguido pela referida corrente é compreender de que forma o sistema jurídico, principalmente sob a temática da responsabilidade civil, pode contribuir na otimização dos custos de acidentes.

Nos seus escritos, Calabresi busca traçar um método que relacione o objetivo das normas jurídicas e os custos de acidentes que impactam a responsabilidade civil. Para o jurista, que termina por se afastar do enfoque dado pela Escola de

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **Is wealth a value?** The Journal of Legal Studies, Chicago, v. 9. 1980.

²⁹⁴ COLEMAN, Jules. **The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's "The Economics of Justice"**. Stanford Law Review, Stanford, v. 34, n. 5, p. 1105-1131, 1982. E ainda, MICHELMAN, Frank. **A Comment on 'Some Uses and Abuses of Economics in Law'**. The University of Chicago Law Review, Chicago, v. 46, nº 2. 1979, págs. 307-315.

²⁹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e Economia: Textos Escolhidos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 9

Chicago a maximização de riqueza, as normas devem, precipuamente, ser justas e devem buscar otimizar os custos dos acidentes. Neste sentido²⁹⁶:

O objetivo da lei ou política de acidentes deve ser estabelecer o nível de custo de acidentes socialmente preferido, sujeito à restrição de que os métodos escolhidos para o fazer sejam consistentes com a "justiça". Como Calabresi aponta, a noção do que é uma política de acidentes justa tende a ser fortemente influenciada por seu sucesso ou fracasso em lidar com o problema dos custos de acidentes. Observe que o objetivo não é minimizar acidentes ou custos de acidentes, a menos que por custos de acidentes estejamos nos referindo a custos líquidos de quaisquer benefícios. Os acidentes de trânsito podem ser eliminados com a proibição de veículos motorizados. Mas o preço seria muito alto. O objetivo, em vez disso, é otimizar os custos de acidentes.

Para Calabresi, instrumentos econômicos são fundamentais para reduzir os custos de acidentes, entretanto é importante realizar ponderações acerca das escolhas feitas pela sociedade. De acordo com o jurista, as escolhas não deveriam ser guiadas sob a ótica meramente econômica, onde a eficiência/maximização de riqueza é o vetor principal.

Assim, a noção de custos e benefícios pode exercer um papel significativo na busca pela melhor forma de justiça. O direito, com sua característica de guiar as relações humanas, utilizaria conceitos da economia visando concretizar as noções de justiça dispostas no ordenamento impactando nas políticas públicas em prol da sociedade.

Na visão de Calabresi, as questões de justiça e distribuição sempre teriam que ter o devido tratamento²⁹⁷. Nos seus estudos, ele conclui que as normas jurídicas podem servir como um incentivo às condutas dos agentes econômicos.

Nestes casos, os valores de indenização por ato de responsabilidade civil devem ser construídos de maneira que induza os atores/sociedade a optar por prevenir a prática de tais atos, arcando com custos de prevenção de acidentes, ao invés de estimular a opção de risco que termine por gerar uma indenização posterior em razão da prática do ato.

Essa proposta de Calabresi, apresenta considerável distanciamento do liberalismo econômico e político presente na Escola de Chicago, demonstrando a fragmentação da Análise Econômica do Direito já em suas origens.

²⁹⁶ POSNER, Richard Allen. **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis By Guido Calabresi**. The Cambridge Law Journal, [United Kingdom], v. 2, n. 28, 1970. p. 636.

²⁹⁷ DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. New York. Clarendon Press, 1995. p. 393.

A título de curiosidade, vale dizer que a escola de New Haven atraiu praticantes liberais que adotam a metodologia típica doutrinada pela escola de Chicago. No entanto, os adeptos da escola de New Haven possuem um olhar que predica pela maior necessidade da intervenção do Estado naquilo que se denominada falha de mercado²⁹⁸.

Para a escola de New Haven, a falha de mercado é considerada mais prevalente do que a lei e por isso espera-se que a intervenção do governo seja capaz de corrigi-la, embora possa não ser bem-sucedida em todas as circunstâncias. Algo distinto do que é proposto pela escola de Chicago.

7.3.3 A Escola Austríaca

A escola Austríaca, que também tem bastante relevância e diversas contribuições no campo da Análise Econômica do Direito, tem a incerteza, a descoberta e o empreendedorismo como centro da sua agenda de pesquisa econômica. Na visão da referida escola, os dados necessários para uma transação não são efetivamente conhecidos, e em razão disso o processo de descoberta desses dados é bastante valorado²⁹⁹.

Assim, a escola Austríaca tem por objeto determinar as condições necessárias para esse processo de descoberta. Como consequência, o direito sobre a concorrência é significativamente afetado.

Isto porque, na medida que uma empresa desenvolva um mercado supostamente monopolista, em razão dos seus processos de descoberta, a intervenção estatal, acaso não haja uma regra legal determinante, não tem cabimento haja vista que aquele monopólio atraia a concorrência gerando efeitos que terminam por impulsionar a inovação³⁰⁰.

²⁹⁸ Falhas de mercado podem ser vistas como situações em que a atuação dos indivíduos em busca do seu auto interesse leva a resultados não eficientes. São associadas com assimetria de informação, estrutura não competitiva de mercado, problemas de monopólio natural, externalidades ou bens públicos. A existência de uma falha de mercado é muitas vezes usada como justificativa para intervenção governamental em um mercado particular. Cf. SEIDENFELD, Mark. **Microeconomics Predictates to Law and Economics**. Ohio: Anderson Publishing Co, 1996. p. 61.

²⁹⁹ HAYEK, Friedrich August Von. **The use of Knowledge in Society**. The American Economic Review, Chicago, v. 35, n. 4, p. 519-530, 1945.

³⁰⁰ KIRZNER, Israel Meir. **How Markets Work: disequilibrium, entrepreneurship and discovery**. London: The Institute of Economics Affairs. 1997. p. 47.

Podemos afirmar que a escola Austríaca observa na competição um processo de descoberta, sendo que esse processo de descoberta é mais bem impulsionado em razão da concorrência e da inovação. Assim, a quebra desses monopólios, criados através de mecanismos de descoberta, por meio da intervenção governamental, causaria um enfraquecimento na concorrência bem como no próprio processo de inovação.

Essa forma de pensamento decorre da teoria da praxeologia onde a manifestação da vontade humana é guiada visando a mudança de uma situação indesejada para uma mais vantajosa, tendo como premissa um descontentamento com a situação indesejada e a vontade de modificar esse *status quo*³⁰¹.

Percebe-se que não é buscado pelo indivíduo apenas a maximização de riqueza, como proposto inicialmente pela escola de Chicago, mas sim a sua satisfação na medida em que ele objetiva a mudança de uma situação indesejada.

A consequência desse modelo de pensamento é a que a lei não é criada, e sim descoberta de maneira espontânea, não havendo necessidade de se falar em um planejamento central por parte de um ente soberano como o Estado.

Em razão desse modelo de pensamento, a escola Austríaca atribui às normas e às instituições legais um papel importante de coordenação. Isto porque, a forma de criação proposta pela escola tende a tornar o conhecimento adquirido pelos indivíduos bastante disperso no corpo social.

Assim, visando reduzir incertezas e/ou garantir segurança tornando o comportamento humano mais previsível, as instituições legais teriam um papel coordenador dos diferentes planos individuais inseridos numa economia de livre mercado, ajudando os indivíduos a superar eventuais problemas em seus acordos econômicos³⁰². Esse papel das instituições é explorado por outras escolas, como se verá no tópico a seguir.

7.3.4 As Escolas Institucionais

³⁰¹ MISES, Ludwig von. **Ação Humana: um tratado de economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 38

³⁰² RIZZO, Mario Joseph; RAJAGOPALAN, Shruti. **Austrian Perspectives in Law and Economics**. In: PARISI, Francesco. **The Oxford Handbook of Law and Economics**. v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 268-287.

Os adeptos da primeira onda Institucional tinham em mente que cada economia tinha suas especificidades, e em razão disso seus progressos decorrem do modo pelo qual cada nação lida com incentivos e restrições nas suas estruturas institucionais internas. De acordo com essa teoria, o produto/resultado dessas interações se conectam e terminam por causar impacto junto ao desenvolvimento econômico das nações. Neste sentido³⁰³:

uma economia exige que as pessoas trabalhem juntas, cooperem e respeitem a propriedade e os direitos pessoais umas das outras (...) uma economia requer um governo transparente, honesto e forte que administre as leis com imparcialidade e mantenha a ordem cívica de maneira eficaz.

Para os idealizadores da primeira escola Institucional^{304, 305}, a análise econômica deveria ser construída a partir do estudo das regras, da estrutura e dos comportamentos das organizações.

Isto porque, partindo da premissa que a economia se integra numa rede de relacionamento entre indivíduos, e que existem interesses divergentes entre esses indivíduos, apenas a existência de regras não seria suficiente para garantir a sua aplicação/eficácia. Caberia ao Estado, através de suas instituições, o papel de assegurar a ordem e o bom funcionamento do sistema.

Uma nova abordagem institucionalista surgiu posteriormente^{306, 307}. O conceito de instituição foi ampliado, passando a ser considerado como instituições as restrições humanamente concebidas que estruturam as interações sociais, sejam restrições formais sejam restrições informais³⁰⁸.

³⁰³ KAUFMAN, Bruce. **The institutional economics of John R Commons: complement and substitute for neoclassical economic theory**. Socio-Economic Review, Oxford, v. 5, n. 1, p. 3-45, jan. 2007.

³⁰⁴ COMMONS, John R. **Institutional Economics: its place in political Economy**. New York: Macmillan, 1934.

³⁰⁵ MITCHELL, Wesley C. **Business Cycles: the problem and its setting**. New York: National Bureau of Economic Research, 1949.

³⁰⁶ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 2003.

³⁰⁷ WILLIAMSON, Oliver. **Economic Organization: firms, markets and policy control**. New York: New York University Press, 1986.

³⁰⁸ No conceito de North as restrições formais são as regras efetivamente estipuladas e positivadas pelo sistema, correspondendo, portanto, ao resultado de uma construção formal previamente estabelecida. Por outro lado, as restrições informais advêm da informação socialmente transmitida e são parte do patrimônio que denominamos cultura. Ambas as restrições possíveis de serem impostas pelas instituições, sejam formais ou informais, terão a envergadura de moldar as relações entre os homens, inclusive as relações econômicas e jurídicas. Cf. NORTH, Douglass Cecil. **Economic Performance Through Time**. The American Economic Review, Chicago, v. 84, n. 3, p. 359-368, 1994.

O fato é que tanto a abordagem institucionalista clássica como a nova abordagem institucionalista consideram que cabe às instituições, de alguma forma, exercer um controle/restrrição para com a atuação dos indivíduos.

Os ensinamentos da escola institucional nos demonstram que ao longo da história, as instituições foram concebidas pelos seres humanos para garantir segurança e estabilidade normativa bem como para diminuir a incerteza nas trocas.

A abordagem institucional tem muita utilidade para um Estado que busca atrair recursos para promover melhorias no seu setor de infraestrutura. Isto porque, as instituições possuem um papel relevante na elaboração de uma estrutura de incentivos dentro de uma sociedade, o que termina por impactar o desenvolvimento econômico, seja para estimular seu crescimento, sua estagnação ou causar o seu declínio.

7.4 DISCIPLINAS COMPLEMENTARES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como mencionado anteriormente, algumas disciplinas/campos de estudo servem como complemento para a pesquisa relacionada à Análise Econômica do Direito. Por aderência ao tema proposto nesta tese, é de se destacar a Teoria dos Jogos, a Economia Comportamental, e o Direito, Economia e Desenvolvimento.

Inicialmente podemos mencionar alguns pontos acerca da teoria dos jogos. Os conceitos e bases da teoria dos jogos foram estabelecidos por John von Neumann no ano de 1928, através do teorema do *minimax*³⁰⁹, e passou a ser bastante difundida no campo econômico com a publicação do texto Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico no ano de 1944.

A teoria dos jogos está relacionada com tomada de decisão por parte do indivíduo, tendo em vista que todos tomamos decisões na nossa vida cotidiana. Assim, tendo como premissa que as pessoas tomam decisões baseando-se em seus objetivos, na medida em que o indivíduo tem conhecimento das consequências das suas decisões, as soluções tendem a ser mais adequadas ao desejo embutido naquela escolha.

³⁰⁹ O Teorema Minimax de Von Neumann assegurava que para todos os jogos de duas pessoas e soma zero existia uma estratégia mista ótima para cada “jogador” e se eles as utilizassem teriam o mesmo resultado médio esperado, que seria o melhor ganho que cada “jogador” poderia esperar se o adversário jogasse racionalmente. Cf. MYERSON, Roger Bruce. **Nash Equilibrium and the History of Economic Theory**. *Journal of Economic Literature*, Chicago, v. 3, n. 37, p. 1067-1082, 1999.

A teoria dos jogos, por fim, busca demonstrar que os eventos sociais podem ser descritos por modelos tirados de jogos de estratégia adequados, constituindo-se numa ferramenta que pode servir como auxílio na tomada de decisão num ambiente que envolve situações complexas³¹⁰.

Já sobre a Economia Comportamental, que também é conhecida como Behaviorismo, é um campo de pesquisa da Análise Econômica do Direito que surgiu na década de 1970. Vale ressaltar que os seus idealizadores, Amos Tversky e Daniel Kahneman, foram ganhadores do Nobel da Economia no ano de 2002 com os seus estudos acerca da Economia Comportamental.

De acordo com os ensinamentos da teoria comportamental, razões de natureza psicológicas ou outros fatores exógenos na mente das pessoas podem induzir o ser humano a falhar no seu processo de tomada de decisão.

A Economia Comportamental afasta a ideia proposta pela Teoria da Racionalidade Econômica, que não considera elementos psicológicos e as razões de escolha no processo de tomada de decisão das pessoas, terminando por contribuir com a matematização da Economia³¹¹.

A vertente da Economia Comportamental pode ser uma importante ferramenta para, junto com os conceitos de Análise Econômica do Direito, auxiliar na elaboração de políticas públicas. Isto porque, a atuação do Estado na busca de melhores incentivos comportamentais pode evitar, ou ao menos minimizar, que os agentes econômicos sejam vítimas de suas próprias escolhas, tendo em vista que os elementos psicológicos podem influenciar negativamente o processo de tomada de decisão. Desta forma, as soluções encontradas pelos indivíduos podem se tornar mais eficientes³¹².

Por fim, temos o campo de pesquisa do Direito, Economia e Desenvolvimento. É de se dizer que há bastante tempo estudiosos de países em desenvolvimento

³¹⁰ DAVIS, Morton D. **Game Theory: a nontechnical Introduction**. New York: Dover Publications, Inc. 1983. p. 58.

³¹¹ MURAMATSU, Roberta. **The death and resurrection of 'economics with psychology': remarks from a methodological standpoint**. Revista de Economia Política, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 62-81, jan./mar. 2009.

³¹² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. **Economia Comportamental e Direito: a racionalidade em mudança**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.8, n. 2, p. 457-472, 2018.

buscam entender de que forma o Direito poderia contribuir para o Desenvolvimento Econômico e Social dos países³¹³.

Isto porque as normas jurídicas possuem capacidade de impactar a eficiência bem como de promover a estabilidade política por meio de uma percepção generalizada de que todos os membros da sociedade são tratados de forma igualitária.

De se dizer que é comum observamos que os países em desenvolvimento possuem desafios que perpassam por melhores condições no que diz respeito à estabilidade social bem como na política³¹⁴. Assim, a junção dessas ciências pode melhorar a construção de normas que possibilitem segurança e eficiência, sem olvidar dos aspectos relacionados à ética e bem-estar social.

Esse campo de pesquisa se conecta com a escola institucional tendo em vista que reserva para as instituições jurídicas o papel de guarda das normas que busquem aumentar a eficiência, com a finalidade de fomentar uma percepção de equidade/isonomia entre toda a população. A partir dessa percepção de igualdade de condições, os indivíduos dentro de uma sociedade teriam incentivos suficientes para aumentar sua própria produtividade dentro do sistema econômico, o que levaria ao seu efetivo desenvolvimento.

7.5 VERTENTES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito se propõe a descrever e compreender a leis bem como a observar como o ordenamento jurídico poderia ser aperfeiçoado. Na primeira hipótese, descrição e compreensão, estamos nos referindo a vertente positiva da AED e na segunda, aperfeiçoamento, nos referimos a vertente normativa. Ambas são melhor detalhadas em seguida.

7.5.1 Vertente Positiva

³¹³ NEWTON, Scott. **The Dialectics of Law and Development**. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. **The New Law and Economic Development**. New York: Cambridge Press University, 2006. p. 174-202.

³¹⁴ ALESINA, Alberto; OZLER, Sule; ROUBINE, Nouriel; SWAGEL, Philip. **Political Instability and Economic Growth**. Journal of Economic Growth, Boston, v. 1, n. 2, p. 189-211, 1996.

Como se disse anteriormente, a economia estuda de qual maneira a sociedade decide/escolhe como empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços. Partindo desse pressuposto, percebe-se que a economia não se relaciona apenas com questões financeiras, isto porque os membros da sociedade, no seu dia a dia, necessitam tomar decisões visando maximizar sua satisfação.

Dentro dessa linha, e trazendo para discussão aspectos relacionados à norma jurídica, pode ser colocada em perspectiva a maneira pela qual a sociedade, mais precisamente seus cidadãos, podem reagir a um determinado comando previsto numa norma legal. A depender dos incentivos contidos na norma, as decisões podem ser variadas.

Tendo em vista as contribuições de Guido Calabresi acerca da responsabilidade civil, já mencionadas anteriormente, poderíamos nos questionar, por exemplo, qual o comportamento da sociedade na direção de um veículo após a entrada em vigor do Código Brasileiro de Trânsito.

Neste exemplo poderíamos formular diversas perguntas³¹⁵ de cunho jurídico-econômico com a finalidade de entender, ou ao menos buscar entender, se a norma foi eficiente em evitar acidentes ou se teve algum efeito em reduzir a poluição em razão da diminuição do uso de veículos na cidade, por exemplo.

Diante desse tipo de questionamento, que poderia ser encontrado em diversos campos do Direito, e não apenas em aspectos relacionados à responsabilidade civil, a doutrina que pesquisa a Análise Econômica do Direito passou a distinguir a disciplina em duas vertentes distintas, uma positiva e outra normativa.

Por meio da vertente positiva, a Análise Econômica do Direito explica, através de uma abordagem econômica, a racionalidade das normas jurídicas e suas consequências, seus custos de efetivação, como os agentes influenciados pelas

³¹⁵ Houve impacto no número de acidentes? Os incentivos (multas, mecanismos indenizatórios e até mesmo os custos processuais possíveis num acidente de trânsito) previstos na legislação sob comento tiveram impacto na forma como os cidadãos guiam seus veículos? O que se quer é estimular ou desestimular o uso de veículos particulares nas ruas das cidades? Aspectos relacionados ao meio ambiente foram considerados?

normas tendem a agir, além de buscar esclarecer a razão pela qual algumas normas são aceitas e observadas pela sociedade e outras são ignoradas³¹⁶.

Percebe-se que a vertente positiva adota em sua análise uma premissa de normatividade pressuposta, sendo a economia capaz de prover uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas³¹⁷.

Assim, com base nesses conceitos, percebemos que a Análise Econômica do Direito na vertente positiva tem capacidade de contribuir com a identificação dos efeitos práticos da norma e assim, de alguma forma, justificar a aceitação dela na sociedade.

Como bem alertado por Salama³¹⁸, a Análise Econômica do Direito na vertente positiva emprega principalmente modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da Economia, tendo como pilares principais os conceitos relacionados a escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência.

Isto porque, se parte do pressuposto de que as pessoas são maximizadores racionais, ou seja, buscam incentivos que permitam alcançar os maiores benefícios com os menores custos. Para atingir tais objetivos, os indivíduos se utilizam de ferramentas que possuem o condão de antever efeitos legais bem como os comportamentos de agentes possivelmente relevantes em cada caso concreto.

Vale ressaltar que durante a aplicação da vertente positiva não há que se falar em formulações com sugestões para políticas públicas. A vertente positiva se ocupa em investigar as consequências das normas postas, comparando a eficiência de cada solução possível, com base em premissas de análise de custo-benefício. Podemos afirmar aqui que há uma prática da ciência econômica aplicada ao direito.

Desta forma, podemos dizer que a vertente positiva da Análise Econômica do Direito está relacionada com um critério da verdade, com a busca do que a norma é, enquanto a vertente normativa, por ser ligada a um critério de valor, busca o que a norma deve ser³¹⁹.

³¹⁶ TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53.

³¹⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e Economia**. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 101.

³¹⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017. p. 13.

³¹⁹ MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

7.5.2 Vertente Normativa

Conforme foi mencionado no último parágrafo do tópico anterior, a vertente normativa é ligada a um critério de valor e busca avaliar o que a norma jurídica deve ser. Como se percebe, o objetivo da vertente normativa é observar a norma e prescrever mudanças com o fito de retirar do texto legal uma maior eficiência.

Neste sentido, diante do critério valorativo, é possível falar que a vertente normativa admite a possibilidade de uma normatividade não pressuposta, diferentemente da vertente positiva, bem como, em última análise, até o afastamento das regras jurídicas postas, acaso isso seja mais eficiente.

Acerca do critério de valor, importa mencionar que, como dito anteriormente, em seus primeiros escritos acerca da Análise Econômica do Direito, Richard Posner elegeu a maximização de valor (eficiência) como vetor principal a ser buscado pela norma jurídica. O conceito de justiça seria equiparado ao conceito de eficiência.

Na obra intitulada *The Economics of Justice*, Posner defende que as instituições jurídicas devem objetivar a maximização da riqueza. Assim, como a Ciência Jurídica possui características que moldam o comportamento dos indivíduos, sua busca deve ser pela eficiência, entendendo isso como uma indução a maximização da riqueza dentro na sociedade³²⁰.

Como foi apontado anteriormente, Dworkin divergiu radicalmente de Posner. Isto porque, para Dworkin, a maximização da riqueza não deveria servir de guia para a justiça, afinal de contas, no limite, a eficiência não poderia ser vista como um valor³²¹, e a justiça requer observância a valores.

Vale ressaltar que, em obras mais recentes³²², Posner adota uma posição mais cautelosa e pragmática. Em razão disso, passa a defender que a norma jurídica não é um fim em si mesmo.

³²⁰ Posner chega a afirmar que a maximização da riqueza fornece uma base não apenas para uma teoria do direito e suas soluções, mas para o próprio conceito da lei. Cf. POSNER, Richard Allen. **The Economics of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1983.

³²¹ Para Dworkin, a maximização de riqueza não é um valor porque não é um fim em si próprio. Mas se a maximização de riqueza for um valor, é um valor repugnante à maioria das pessoas e, portanto, não pode guiar nem as políticas públicas, nem o Direito. Cf. DWORKIN, Ronald. **Is wealth a value?** The Journal of Legal Studies, Chicago, v. 9. 1980.

³²² POSNER, Richard Allen. **The Problems of Jurisprudence**. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

Na versão pragmática, indica que a lei, na busca de seus objetivos, deve continuar perseguindo valores eficientes, no entanto deve fazer isso guiada pela noção de justiça, lembrando sempre que o Direito é fundamentalmente um instrumento para a consecução de fins sociais.

Como bem colocado por Salama³²³, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização de riqueza e maximização de bem-estar.

Assim, podemos dizer que a vertente normativa da Análise Econômica do Direito é uma ferramenta capaz de auxiliar a escolher dentre alternativas possíveis a que resulta em mais eficiência, ou seja, torna possível escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido³²⁴, ressaltando que as noções de justiça devem guiar essa busca.

Vale afirmar que a vertente normativa da Análise Econômica do Direito, por trabalhar com um critério valorativo e com a concepção deve ser, e por realizar análises econômicas consequenciais sob um espectro de maximização de riquezas, é um instrumento muito útil para elaboração e/ou recomendações de políticas públicas e regras legais.

No entanto, acerca da vertente normativa, é de se pontuar algumas especificidades. Como se viu, a Análise Econômica do Direito tem berço nos Estados Unidos da América. Desta forma, é de se ressaltar que o sistema jurídico lá vigente é diferente do adotado no Brasil. No primeiro caso temos como sistema predominante a *common law* enquanto no segundo temos o sistema da *civil law*. Nos dizeres de Bobbio³²⁵:

A *Common Law* é um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei. Numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais, que se tornam obrigatória devido ao sistema de precedentes.

³²³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2017.

³²⁴ TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 18.

³²⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ed Ícone, 2006. p. 33.

Sobre a *Civil Law*, Grossi³²⁶ afirma que:

Civil Law é um modelo jurídico que se prende ao sistema de codificação e dessa maneira os magistrados e legisladores se prendem a uma interpretação com base na lei, não devendo prosseguir suas fundamentações de outra maneira.

Assim, dentro do sistema da *Common law*, é possibilitado aos juízes uma atuação no sentido de ter a eficiência e a redistribuição como objetivos concretos. Isto porque, o juiz que toma esse caminho não pode ser acusado de criar leis, em vez de encontrá-las, pois está simplesmente contribuindo com o programa de compreender a natureza essencial do *common law*³²⁷.

No caso brasileiro, que adota predominantemente o sistema *Civil Law*, a situação precisa ser mais bem equalizada. Cabe lembrar que, em que pese a Administração Pública tenha dever de atuar com eficiência, a nossa Constituição possui outros fundamentos como guia³²⁸. Desta forma, o direcionamento de uma agenda legislativa ou jurídica tendo a eficiência como principal vetor, parece ir de encontro ao estatuído na nossa ordem constitucional.

Desta forma, é importante que, em eventual aplicação da vertente normativa no ordenamento jurídico pátrio, sejam observados os mandamentos constitucionais que concretizam garantias fundamentais, dentre as quais a dignidade da pessoa humana.

Por fim, é de se dizer que, o novo marco legal do saneamento bebeu muito da fonte da AED na sua concepção. De uma maneira geral, o marco legal cria incentivos para a participação do setor privado e para a melhoria da eficiência operacional, alinhando-se com a ideia da AED de que as normas jurídicas devem

³²⁶ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 51.

³²⁷ POSNER, Richard Allen. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed Martins Fontes, 2007. p. 485.

³²⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** (...) Cf. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

criar incentivos para comportamentos economicamente eficientes, como será mais bem explorado no capítulo seguinte.

8. DA LEI Nº 14.026/2020 – O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Com o estímulo ao aumento da participação privada no setor, a Lei nº 14.026/2020, atualiza a Lei nº 11.445/2007, busca promover grandes transformações e adequações na prestação, titularidade e regulação dos serviços de saneamento, além de estabelecer uma aproximação entre as Políticas Públicas de Saneamento Básico e de Recursos Hídricos.

Em todas as esferas federativas, a norma sob comento busca realizar uma reconfiguração da questão do saneamento, visando aumentar a participação privada no setor e buscando redefinir questões de titularidade, regulação e financiamento, visando a um ambiente institucional mais seguro e uma implementação mais célere do acesso universal ao saneamento básico.

Pode-se identificar quatro grandes pilares de mudanças nas diretrizes nacionais para o saneamento promovidas pela Lei 14.026/2020: (i) estabelecimento de metas visando à universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário; (ii) proibição da celebração de novos contratos de programa; (iii) estruturação da prestação regionalizada dos serviços; e (iv) aumento da segurança jurídica do setor.

De se dizer que, conforme o artigo 3º, I, da Lei nº 11.445/2007, já sob a égide da Lei nº 14.026/2020, o saneamento básico corresponde a um conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; drenagem e manejo das águas pluviais urbanas³²⁹.

As regras legais abrangem uma ampla variedade de intervenções públicas: abastecimento de água; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

Em razão disso, a concepção, formatação e execução das políticas públicas de saneamento básico não devem ser realizadas de forma isolada, mas integradas a outras políticas trazidas pela Constituição Federal, como a questão hídrica.

³²⁹ LEITE, Carlos Henrique Pereira; MOITA, José Machado; BEZERRA, Ana Keuly Luz. **Novo marco legal do saneamento básico: alterações e perspectivas**. Engenharia Sanitaria e Ambiental, v. 27, n. 5, p. 1041-1047, set./out. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/esa/a/c9q3cL4bMT4L4KP7zCMxzCP/?format=pdf>. Acesso em: 04 jul. 2024.

Para articular esse arcabouço jurídico, o novo marco estabeleceu que as políticas e ações da União para o desenvolvimento urbano e regional, de recursos hídricos, entre outras de interesse social direcionadas à melhoria da qualidade de vida, devem considerar a necessária articulação com o saneamento básico, inclusive no que se refere ao financiamento e à governança³²⁸.

Ademais, a nova regra previu a integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos, inclusive com a proposição de uma modificação significativa da estrutura da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), para que esta Autarquia passasse a ser o ente emissor de normas de referência dos sistemas hídrico e de saneamento básico.

Nesse contexto, a Lei nº 14.026/2020 incluiu a previsão de que a estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico seguirá o disposto no Estatuto da Metrópole³³⁰.

Por conseguinte, a Lei nº 14.026/2020 também indicou que o exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do artigo 241 da Constituição Federal.

Portanto, percebe-se que o novo marco legal reforça a concertação de seus objetivos com as demais políticas públicas constitucionais, especialmente aquelas relacionadas ao desenvolvimento urbano.

Dito isto, se faz importante identificar as razões que levaram à criação da referida norma, tema que constará do próximo tópico.

8.1 CONTEXTO PARA ATUALIZAÇÃO DA LEI Nº 11.445/2007

Inicialmente, vale ressaltar, conforme fora mencionado em capítulos anteriores, que a Emenda Constitucional nº 95/2016 instituiu o denominado “teto dos gastos” públicos por um período de 20 anos.

Assim, tínhamos um cenário onde a previsão era de congelamento de gastos federais, com impactos relevantes no orçamento público que, em última análise,

³³⁰ PEREIRA, Carmino Eduardo; SATO, Guilherme Pinato. **O Saneamento Básico e o Papel das Empresas Estatais no Novo Marco Regulatório**. Revista Foco Interdisciplinary Studies, [S. l.], v. 16, n. 12, 2023. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/3630>. Acesso em: 05 jul. 2024.

iriam reverberar na capacidade de investimento do Estado no setor de saneamento, comprometendo a possibilidade de se alcançar a universalização da prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário³³¹.

Assim, o novo marco legal do saneamento básico (Lei nº 14.026/2020), que é resultado de intensas discussões no setor ao longo dos últimos dois anos, iniciadas com a edição das Medidas Provisórias nº 844 de 06 de julho de 2018 e nº 868 de 28 de dezembro de 2018, diante do referido cenário de dificuldades fiscais enfrentadas pelos entes públicos, que causava um comprometimento na capacidade desses entes em realizar investimentos estruturantes, visava, dentre outras mudanças, uma maior abertura do mercado de saneamento básico para empresas privadas.

Vale mencionar que a Medida Provisória nº 844, alterava, em seus artigos 8-B e 10-A, os princípios da Gestão Associada prevista na Lei nº 11.107/2005, definida como associação voluntária de entes federados por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal³³².

Também, em seus artigos 3º, 24º e 31º, obrigava os titulares a fazerem chamamento público para a contratação da prestação dos serviços de saneamento, eliminando a contratação direta sem licitação, que até então viabilizava os contratos de programa entre os entes federados.

Naturalmente, houve reações importantes contra a proibição de contratação direta das CESBs, que, apesar das críticas relacionadas à falta de regulação e transparência e à baixa cobertura dos serviços de esgotamento sanitário, permitiam a aplicação de recursos de forma regionalizada através de subsídio cruzado entre municípios superavitários e deficitários.

Vale dizer que, devido à alta complexidade e capilaridade do setor, que impacta diretamente todos os municípios do país e afeta a vida da população brasileira, a proposta de mudança das regras vigentes para o saneamento por meio

³³¹ GONÇALVES, Sergio Antônio. **A política pública de saneamento no Brasil**: da Lei 11.445/2007 aos movimentos político-institucionais para sua revisão. 2019. 102 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2019. p. 75. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/40168>. Acesso em: 05 jul. 2024.

³³² BORMA, Vera De Simone; MARTINS, Flávia Burmeister; LOCH, Rogério; MARTINELLI, Ivonir Antonio. Contexto Histórico Brasileiro Do Saneamento Básico: Planasa, Plansab, Pnsb E Lei Nº 14.026/2020. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 19., 2021, [S. l.]. **Anais** [...]. [S. l.]: Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas: Tribunal de Contas da União, 2021. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/xix-sinaop/wp-content/uploads/sites/2/2021/09/Desafio-1-CONTEXTO-HISTORICO-BRASILEIRO-DO-SANEAMENTO-BASICO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

de medida provisória não foi bem recebida, pois provocaria uma alteração substancial sem um debate profundo³³³.

As razões para não se aceitar que esse debate se desse por meio de medida provisória parecem fazer sentido. Isto porque, as regras sobre o saneamento básico afetam de maneira significativa toda população, com impactos diretos sobre a saúde pública. Ademais, é um serviço que tradicionalmente vem sendo prestado por diversos atores institucionais.

Uma crítica contumaz também se deu sob o argumento de que, a edição de uma medida provisória, que possui força de lei e não é precedida por uma discussão com a sociedade e com uma ampla gama de agentes econômicos setoriais, não parece ser a via adequada para estabelecer uma mudança setorial tão relevante³³⁴.

A importância de envolvimento tanto de atores estatais como de atores privados (sejam da sociedade civil, sejam das empresas do setor) e dos bancos multilaterais de desenvolvimento (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento) na discussão é de suma importância haja vista que as contribuições dessa multiplicidade de atores seriam relevantes ao tema.

Em razão disso, a percepção entre especialistas do tema foi a de que as alterações legislativas a serem empreendidas pelas MPs deveriam se dar dentro dos parâmetros constitucionais e sempre derivadas de amplo debate, devendo ser objeto de grande publicidade com transparência, fazendo que a norma nascesse com uma segurança jurídica majorada.

Para ilustrar as dificuldades enfrentadas pela Medida Provisória nº 844/2018, esta foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs nº 5993 e 6006), que foram extintas sem julgamento de mérito devido à perda de eficácia^{335, 336}. De se

³³³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **O novo marco legal do saneamento básico: lei nº 14.026/ 2020**. Brasília: Conselho Federal da OAB, [2021]. Disponível em: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/cartilhasaneamento5.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2024

³³⁴ SOUZA, Rodrigo Pagani; ALVIM, Tiago Cripa. **Saneamento básico e insegurança jurídica: comentários à Medida Provisória 844/2018**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, n. 48, p. 287-308, mar./abr. 2019.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5.993**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 25 abr. 2019. Plenário, Data de publicação: DJe nº 089 30 abr. 2019. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho971815/false>. Acesso em: 01 jul. 2024.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.006**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 14 maio 2019. Plenário, Data de publicação: DJe nº 104 20 maio 2019. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho979158/false>. Acesso em: 01 jul. 2024.

dizer ainda que a Medida Provisória nº 868/2018, que também perdeu a validade sem apreciação pelo Congresso Nacional em 2019.

Após essa segunda perda de eficácia, e diante de todas as críticas realizadas, fora proposto um novo projeto de lei, de nº 4.162, visando dar início aos debates tão necessários para os objetivos pretendidos de universalização e aumento da participação privada no setor.

Nesse cenário, após aprovação prévia pela Câmara dos Deputados em dezembro de 2019, o Senado aprovou o novo marco legal do saneamento básico em 24 de junho de 2020, sendo promulgada a Lei 14.026 em 15 de julho de 2020, que promoveu grandes alterações na Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, estabelecendo as novas diretrizes nacionais para o saneamento básico.

É de se pontuar que ainda que tenha sido aprovado por meio de projeto de lei, as novas regras foram fortemente criticadas por entidades do setor³³⁷. A Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental (ABES), em nota³³⁸, afirmou que o novo marco:

“enfraquece as empresas estaduais de saneamento, na medida em que coloca em risco o sistema de subsídio cruzado, em que os municípios superavitários compensam os deficitários; cria instrumentos que serão questionados juridicamente, pela inconstitucionalidade, pois tira a autonomia do município, que é o titular dos serviços (...) a médio prazo, colocará os pequenos municípios em dificuldades, devido ao risco de haver disputa somente pelos municípios rentáveis, deixando os pequenos para as empresas estaduais, que evidentemente perderão as condições de sustentação”

Por outro lado, a exposição de motivos do projeto de lei sob comento aduz que³³⁹:

³³⁷ Várias entidades foram signatárias do manifesto intitulado “Em defesa do Saneamento Básico”, que criticava uma série de pontos estabelecidos pelo novo marco. Cf. **EM DEFESA do Saneamento Básico**. In: ONDAS. Brasília: Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento. 10 dez. 2019. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2019/12/Em-defesa-do-saneamento-b%C3%A1sico.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

³³⁸ **NOTA da ABES sobre o PL 4162/2019**. In: ABES. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental ABES. 23 jun. 2020. Disponível em: <https://abes-dn.org.br/nota-da-abes-sobre-o-pl-4162-2019/>. Acesso em: 01 jul. 2024.

³³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4162/2019**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento [...]. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>. Acesso em: 01 jul. 2024.

Além de modernizar o marco legal do saneamento, a presente proposta de Projeto de Lei em questão prioriza a segurança jurídica e regulação adequada como condições essenciais para o desenvolvimento do setor de saneamento. Estabelece condições sadias de competição entre empresas, fortalecendo o papel do Titular desses serviços, que passam a pleitear maiores investimentos, melhor qualidade e menores preços dos serviços prestados à população.

Denota-se, deste trecho, que as alterações em análise possuem fortes questões regulatórias e econômicas, que vão demandar esforços de coordenação significativos para todos os entes da federação. Tais pontos serão abordados nos tópicos seguintes.

8.2 PRINCIPAIS EFEITOS ECONÔMICO-JURÍDICOS TRAZIDOS PELO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

De início, é importante ressaltar que, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), estima-se que para cada R\$ 1,00 investido em saneamento básico, há uma economia de R\$ 4,00 em gastos com saúde. A OMS também estima que, anualmente, 15 mil pessoas morrem e 350 mil são internadas no Brasil devido a doenças ligadas à precariedade do saneamento básico³⁴⁰.

Vale ressaltar ainda que a pandemia do coronavírus evidenciou ainda mais as mazelas causadas pela falta de saneamento básico, com cerca de 35 milhões de brasileiros sem acesso ao serviço de água potável e 100 milhões sem serviços de coleta e tratamento de esgoto.

De se dizer também que, a outrora mencionada Resolução A/RES/64/292 das Nações Unidas, reconheceu formalmente como essencial o direito à água potável limpa e ao saneamento, e impõe aos Estados e às organizações internacionais esforços significativos para alcançar a efetivação desse direito.

Ademais, para a OMS um sistema seguro de saneamento é fundamental para a saúde em vários aspectos, desde a prevenção de doenças até a preservação da saúde mental e social. A ausência de saneamento básico, como exaustivamente dito

³⁴⁰ SOUZA, Juliana Santos Alves de; TAVARES, Érica. Histórico do saneamento no Brasil e sua relação com as questões ambientais e urbanas. *In*: SEMINÁRIO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL, 22., 2021. Rio de Janeiro. **Anais** [...]. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes, 2021. Disponível em: <https://seminariodeintegracao.ucam-campos.br/wp-content/uploads/2022/04/HISTORICO-DO-SANEAMENTO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

ao longo desta tese, contribui para o crescimento de doenças que, especialmente em países pobres e em desenvolvimento, caso do Brasil, são letais em crianças menores de cinco anos³⁴¹.

As diretrizes sobre saneamento e saúde estabelecem um conjunto de medidas para estimular sistemas e práticas de saneamento seguros, visando à melhoria da saúde e destacando a conexão entre saneamento e bem-estar populacional.

Essa questão se torna ainda mais urgente ao considerar os índices no Brasil. Segundo o Painel Saneamento Brasil, elaborado pelo Instituto Trata Brasil em 2019, 16,3% da população não tinha acesso à água e 45,9% careciam de coleta de esgoto³⁴².

Dito isto, os principais objetivos do novo regramento, consistem em viabilizar a universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como estimular maior eficiência e efetividade em sua prestação, conferindo-lhes mais segurança jurídica, incluindo os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos³⁴³.

Ressalte-se que a durante a revisão do PLANSAB ocorrida em 2018, mantendo o foco no planejamento estratégico de longo prazo. Com base na análise situacional do déficit em saneamento básico e outros dados obtidos desde sua implantação inicial, foram estabelecidas metas para 2023 e 2033 (horizonte final) e sugeridas estratégias para orientar a atuação dos agentes do setor³⁴⁴.

³⁴¹ PLASTINA, Ernesto Cavalcanti. *et al.* **Impressões Sobre As Principais Alterações Do Marco Legal De Saneamento**. Cad. Jur., Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 6-17, jun. 2022. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/22444/1/PRArt_Marco%20legal%20de%20saneamento_Cadernos%20Jur%C3%ADdicos_n2%2C%20v3.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

³⁴² O Painel Saneamento Brasil é uma iniciativa do Instituto Trata Brasil – ITB que disponibiliza informações sobre saneamento básico, mas que também mostra os impactos sociais, econômicos e ambientais da falta deste serviço, bem como os benefícios quando os serviços chegam de forma apropriada. Cf. INSTITUTO TRATA BRASIL. **Painel Saneamento Brasil**. São Paulo: Instituto Trata Brasil, [2018]. Disponível em: <https://www.painelsaneamento.org.br/>. Acesso em: 01 jul. 2024.

³⁴³ CAPANEMA, Luciana Xavier de Lemos. **Implementação do Novo Marco Legal do Saneamento: a importância da Regulação por Contrato em um Cenário Atual de Transição Regulatória**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 28, n. 56, p. 5-40. 2022.

³⁴⁴ Vale ressaltar que o relatório de avaliação do Plansab sumarizar elementos que possibilitem identificar a evolução dos cenários, as metas, os indicadores, os investimentos, as macrodiretrizes, as estratégias e avaliar a implementação dos programas. Os dados de 2018 estão disponíveis em: BRASIL. Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional. **Relatório de Avaliação Anual do Plansab 2018: nota técnica**. Brasília: MDR, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/plano-nacional-de-saneamento-basico-plansab/arquivos/notatcnicaelatriodeavaliaoanualdoplansab2018.pdf>.

Assim, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico (NMLSB) promoveu substanciais mudanças na Lei nº 11.445/2007 e em outras leis interligadas ao tema, tendo como principal objetivo o atingimento da meta de universalização do saneamento até 2033, proposta pelo PLANSAB.

Desta forma, foi estabelecido pela nova regra que as empresas prestadoras de serviços públicos de saneamento básico devem alcançar metas de universalização, garantindo o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgoto até 31 de dezembro de 2033³⁴⁵.

Do mesmo modo, a legislação sob comento foi responsável por introduzir critérios como ganhos de eficiência e sustentabilidade financeira, visando ao desenvolvimento sustentável.

Uma situação fundamental trazida pelo NMLSB para o atingimento de tais metas perpassa pela consolidação da proibição de contratação direta dos serviços de saneamento, dada pela revogação do art. 16 da Lei nº 11.445/2007, que previa, em alinhamento com o artigo 241 da Constituição Federal de 1988, a possibilidade gestão associada entre entes federados para a prestação de serviços públicos por meio de contratos de programa.

Em seu art. 8º, I, a lei dispõe que a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico é dos municípios e do Distrito Federal. Ademais o NMLSB exige que os contratos em vigor, bem como os provenientes de processos licitatórios para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, comprovem a capacidade econômico-financeira da contratada³⁴⁴.

Ressalte que uma exceção ao caso acima descrito é a hipótese de onde a prestação dos serviços seja exercida por entidade que integre a administração do titular. Acaso a entidade não integre a administração do ente titular dos serviços, não resta opção que não seja a celebração de contrato de concessão após certame licitatório prévio.

³⁴⁵ DALESCIO, Sérgio Thiago Moraes de Rezende; RECH, Ilírio José; GOMES, Ana Paula Ferreira; MACHADO, Lúcio de Souza. **Análise dos Indicadores Econômico-Financeiros das Empresas de Saneamento Frente ao Novo Marco Legal do Saneamento Básico e a Lei de Licitações**. In: USP INTERNATIONAL CONFERENCE IN ACCOUNTING, 22., 2022. São Paulo. Anais [...]. São Paulo: USP, 2022. Disponível em: <https://congress USP.fipecafi.org/anais/22UspInternational/ArtigosDownload/3954.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

Com isso, se conclui que a norma em vigor passou a vedar a prestação dos serviços por meio contrato de programa, passando a estabelecer, de acordo com a regra disposta em seu artigo 10, que a contratualização para o oferecimento de tais serviços seja precedida de licitação³⁴⁶.

De ressaltar que a Lei nº 14.133/2021, conhecida como Lei de Licitações, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, exigindo, entre outras condições, a comprovação de boa situação econômico-financeira da empresa participante de um certame competitivo.

Como dito antes, um dos objetivos precípuos da nova norma é o de garantir o alcance das metas de universalização dos serviços de saneamento até dezembro de 2033. Para tanto, é de fundamental importância avaliar a condição financeira dos prestadores de serviço de saneamento.

A nova regra afeta diretamente a prestação regionalizada como anteriormente formatada pelas CESBs, além de impor um desafio à sustentabilidade da prestação dos serviços no setor, visando à universalização do saneamento até 2033³⁴⁷.

Vale dizer que sequer era necessária a comprovação da viabilidade de capacidade econômica e financeira da CESB para a prestação dos serviços de saneamento, que como é sabido demandam vultosos investimentos em infraestrutura.

Isto porque, os outrora referidos contratos programas eram realizados sem a necessidade de licitação prévia sob a justificativa de cooperação federativa entre os entes, com base em premissas flexíveis e que não estipulavam metas concretas a serem alcançadas.

Neste sentido, os resultados empíricos visto com esse tipo de arranjo jurídico, até a promulgação do marco, se mostraram bastante insatisfatórios, fazendo com que o NMLSB se atentasse a isso e demandasse um mecanismo que possibilitasse

³⁴⁶ LOUREIRO, Gustavo Kaercher; MOREIRA, Egon Bockmann. **O Novo Marco do Saneamento Básico (NMSB) e as Exigências de seu artigo 11-B: multiplicidade de contratos e de soluções.** Rio de Janeiro: FGV CERI, 2021. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2022-01/o-decreto-10.710-e-as-concessoes-em-curso-.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

³⁴⁷ BORMA, Vera De Simone; MARTINS, Flávia Burmeister; LOCH, Rogério; MARTINELLI, Ivonir Antonio. Contexto Histórico Brasileiro Do Saneamento Básico: Planasa, Plansab, Pnsb E Lei Nº 14.026/2020. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 19., 2021, [S. l.]. **Anais [...]**. [S. l.]: Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas: Tribunal de Contas da União, 2021. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/xix-sinaop/wp-content/uploads/sites/2/2021/09/Desafio-1-CONTEXTO-HISTORICO-BRASILEIRO-DO-SANEAMENTO-BASICO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

a verificação da capacidade de um prestador/concessionário de prestar adequadamente os serviços³⁴⁸.

De ressaltar que, como já mencionado, os contratos de concessão, provenientes da realização de uma licitação prévia, permitem que tais verificações de capacidade sejam realizadas durante o certame competitivo.

Em tese, o certame licitatório permite ao administrador público atestar se os investimentos necessários para uma prestação adequada do serviço, que são oferecidos pelos concorrentes durante a competição por meio dos lances, se mostram viáveis, possuindo a capacidade de serem atingidos, possibilitando, ao fim e ao cabo, que sejam alcançados os objetivos de universalização.

Ademais, importa mencionar que o artigo 10-B traz uma regra direcionada aos contratos vigentes. O conteúdo normativo demanda que esses contratos também se submetem ao crivo de comprovação econômico-financeira, com o intuito de garantir a capacidade dos atuais prestadores em atingir as metas de universalização³⁴⁷.

De se dizer que a condição financeira de interessados em prestar os serviços de saneamento deve ser comprovada de forma objetiva. Para tanto, estes atestes de capacidade econômico-financeira costumam ser realizados através do cálculo de índices contábeis usualmente adotados para essa finalidade³⁴⁹.

Nesta linha, o Tribunal de Contas da União (TCU) emitiu a Instrução Normativa (IN) 03 de 2018, que trata de compras públicas no âmbito da administração federal. A sobredita instrução prevê, em seu artigo 22, que a comprovação da boa situação financeira da empresa deve ser realizada mediante o uso dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC).

Por outro lado, o Decreto nº 11.598/2023, que regulamenta o artigo 10-B da Lei 11.445/07 após a reforma realizada pelo NMLSB, estabelece a metodologia para

³⁴⁸ LOUREIRO, Gustavo Kaercher; MOREIRA, Egon Bockmann. **O Novo Marco do Saneamento Básico (NMSB) e as Exigências de seu artigo 11-B**: multiplicidade de contratos e de soluções. Rio de Janeiro: FGV CERI, 2021. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2022-01/o-decreto-10.710-e-as-concessoes-em-curso-.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

³⁴⁹ DALESCIO, Sérgio Thiago Moraes de Rezende; RECH, Ilírio José; GOMES, Ana Paula Ferreira; MACHADO, Lúcio de Souza. Análise dos Indicadores Econômico-Financeiros das Empresas de Saneamento Frente ao Novo Marco Legal do Saneamento Básico e a Lei de Licitações. In: USP INTERNATIONAL CONFERENCE IN ACCOUNTING, 22., 2022. São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: USP, 2022. Disponível em: <https://congress USP.fipecafi.org/anais/22UspInternational/ArtigosDownload/3954.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

comprovação da capacidade econômico-financeira das prestadoras de serviços públicos de saneamento em duas etapas: primeiramente, verificando o cumprimento dos indicadores econômico-financeiros estabelecidos na norma e, posteriormente, analisando a viabilidade técnica do projeto e o plano de captação de recursos para a realização dos investimentos necessários.

Vale mencionar que os indicadores econômico-financeiros evidenciam aspectos da situação econômica da empresa, fornecendo uma visão da sua situação financeira e liquidez.

Sua análise deve ser realizada a partir de um conjunto de índices, pois uma avaliação isolada fornece apenas conclusões parciais e deve estar aliada a outras áreas de investigação³⁵⁰.

A análise de indicadores facilita o trabalho do analista e promove uma leitura mais eficiente, tornando a apreciação de relações ou percentuais entre duas grandezas mais relevantes que a observação de montantes individuais. Contudo, é necessário tomar precauções para evitar uma falsa imagem da situação³⁵¹.

Isto porque, a exigência de indicadores padronizados, como os referidos pelo TCU (LC, LG e SG) para utilização em processos licitatórios, sem levar em consideração as particularidades do setor de saneamento e a sua relação com as necessidades de investimento, pode não cumprir seu objetivo de evitar a incapacidade econômica de um licitante e o consequente descumprimento de um contrato de concessão firmado.

Assim, percebe-se que o segmento de atuação da empresa, e as necessidades de alavancagem para investimentos vultuosos, especialmente demandados num setor como o saneamento, influenciam significativamente nos níveis de liquidez, imobilização e estrutura de capital. Portanto, a exigência de índices padronizados para diferentes setores deve ser vista com as devidas cautelas, devendo ser consideradas em conjunto com as especificidades do segmento que demanda os investimentos³⁵².

³⁵⁰ SCHRICKEL, Wolfgang Kurt. **Análise de Crédito: Concessão e Gerência de Empréstimos**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 70.

³⁵¹ MARION, José Carlos. **Análise das demonstrações contábeis: contabilidade empresarial**. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 14.

³⁵² RIBEIRO, Rafael Borges; MIRANDA, Gilberto José; AZEVEDO, Ricardo Rocha de. **A baixa legitimação da qualificação econômico-financeira (QEF) percebida pelos stakeholders nas licitações públicas**. *Advances in Scientific and Applied Accounting*, São Paulo, p. 185-205, 2021.

Essas cautelas demandadas pelo novo marco visam garantir que os investimentos em busca da universalização sejam alcançados. Também reforçam os aspectos econômicos do direito incorporados na novel legislação do setor.

Vale dizer também que com o novo marco legal, a competência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) foi significativamente ampliada. Neste sentido, o artigo 4-A da Lei 9.984, de 17 de julho de 2000 fora incluído pelo NMLSB e alocou uma série de atividades e atribuições para a referida agência.

E nesta linha, um ponto de suma importância trazido pela Lei nº 14.026/2020, com impactos significativos nos arranjos interfederativos, foi a atribuição à ANA para a instituição de normas de referência visando a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e entidades reguladoras e fiscalizadoras.

De se dizer que as denominadas normas de referência visam estabelecer uma orientação a ser observada por todas as demais agências, contribuindo para a estabilidade jurídico-regulatória no setor e consequentemente para a segurança jurídica, algo de fundamental importância para a atração de novos investimentos de longo prazo³⁵³.

Diga-se que, antes da promulgação da Lei 14.026/2020, a fragmentação regulatória devido à competência municipal dos serviços de saneamento gerava insegurança para investidores privados, dificultando a estruturação e implantação de projetos e, por fim, a gestão dos contratos³⁵⁴.

Como dito, as normas de referência foram instituídas pelo novo Marco Legal do Saneamento Básico com o objetivo principal de padronizar e melhorar a qualidade da regulação do setor de saneamento em todo o país.

³⁵³ BORMA, Vera De Simone; MARTINS, Flávia Burmeister; LOCH, Rogério; MARTINELLI, Ivonir Antonio. Contexto Histórico Brasileiro Do Saneamento Básico: Planasa, Plansab, Pnsb E Lei Nº 14.026/2020. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 19., 2021, [S. l.]. **Anais** [...]. [S. l.]: Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas: Tribunal de Contas da União, 2021. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/xix-sinaop/wp-content/uploads/sites/2/2021/09/Desafio-1-CONTEXTO-HISTORICO-BRASILEIRO-DO-SANEAMENTO-BASICO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

³⁵⁴ PLASTINA, Ernesto Cavalcanti. *et al.* Impressões Sobre As Principais Alterações Do Marco Legal De Saneamento. **Cad. Jur.**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 6-17, jun. 2022. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/22444/1/PRArt_Marco%20legal%20de%20saneamento_Cadernos%20Jur%C3%ADdicos_n2%2C%20v3.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

Elas visam servir como um guia orientativo para as agências reguladoras estaduais e municipais, promovendo uma regulação mais homogênea e eficiente em todo o território nacional.

Estas normas abrangem diversos aspectos do saneamento básico, incluindo padrões de qualidade, estruturas tarifárias, modelos de contratos de concessão, metas de universalização dos serviços, metodologias para cálculo de indenizações e critérios para a contabilidade regulatória.

A abrangência ampla dessas normas visa criar um ambiente regulatório mais consistente e previsível, o que é essencial para atrair investimentos e melhorar a qualidade dos serviços prestados à população.

Uma característica importante das normas de referência da ANA é sua natureza voluntária. As entidades reguladoras não são obrigadas a seguir estas normas à risca, mas há incentivos para sua adoção³⁵⁵.

Por exemplo, o acesso a recursos federais para projetos de saneamento pode estar condicionado à adesão a essas normas. Isso cria um mecanismo de incentivo para que as agências reguladoras locais alinhem suas práticas com as diretrizes nacionais, promovendo uma maior uniformidade na regulação do setor.

Vale mencionar que as normas de referência da ANA são desenvolvidas através de um processo que envolve consultas públicas e a participação de diversos stakeholders do setor de saneamento.

Isso inclui representantes de empresas de saneamento, agências reguladoras, governos estaduais e municipais, organizações da sociedade civil e especialistas do setor. Este processo participativo visa garantir que as normas sejam tecnicamente robustas, praticamente aplicáveis e alinhadas com as necessidades e realidades do setor de saneamento brasileiro.

É importante notar que as normas de referência da ANA não são estáticas. Elas são periodicamente revisadas e atualizadas para acompanhar as mudanças tecnológicas, econômicas e sociais que afetam o setor de saneamento.

Esta flexibilidade permite que as normas permaneçam relevantes e eficazes ao longo do tempo, adaptando-se às novas realidades e desafios do setor. O

³⁵⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado; GOMES, Gabriel Jamur. **O novo marco legal do saneamento básico (Os pontos mais importantes da Medida Provisória nº 844/2018)**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 89-116, jul./set. 2018.

objetivo final é contribuir para a universalização do acesso aos serviços de saneamento básico no Brasil, melhorando a qualidade de vida da população e promovendo o desenvolvimento sustentável do país.

O objetivo da nova competência da ANA é, portanto, incentivar a uniformização das normas regulatórias e, assim, aumentar a segurança jurídica do setor, impulsionando os investimentos.

Um ponto importante a ser destacado é o de que a norma constitucional de 1988 definiu expressamente no inciso XX do seu artigo 21 a competência da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Assim, a competência federal para regular o serviço de saneamento básico versa sobre a fixação de diretrizes bem como deve visar a promoção de programas que impactem na melhoria das condições do saneamento básico nacional.

No entanto, o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico cabe aos estados e/ou municípios. Sendo assim, as normas de referência não devem ser de observância obrigatória. Isto porque, caso assim fosse, haveria uma flagrante usurpação de competência sendo exercida por parte da União.

Deste modo, o entendimento do caráter voluntário das normas de referência impede que haja uma avocação/usurpação das competências dos titulares (Estados e/ou Municípios) e reguladores para a União. Tal visão indica claramente que no caso em tela haveria uma postura de autocontenção adotada por parte do ente federal³⁵⁶.

Como dito acima, visando estimular a observância das normas de referência expedidas pela ANA, o legislador condicionou 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) à observância dessas normas, conforme disposto no inciso III do artigo 50 da Lei 11.445/2007, incluído pela Lei 14.026/2020³⁵⁷.

³⁵⁶ LAFERTÉ, Ana Carolina Tannuri; GUZELA, Rafaella Peçanha. **O federalismo cooperativo sob a óptica do novo marco do saneamento**. In: RIOS, Veronica Sánchez da Cruz (Coord.). **Novo Marco Legal do Saneamento Básico: por quem fez**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 97.

³⁵⁷ PLASTINA, Ernesto Cavalcanti. *et al.* Impressões Sobre As Principais Alterações Do Marco Legal De Saneamento. **Cad. Jur.**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 6-17, jun. 2022. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/22444/1/PRArt_Marco%20legal%20de%20saneamento_Cadernos%20Jur%C3%ADdicos_n2%2C%20v3.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

Tal inserção, com caráter fortemente econômico estimulado em aspectos tratados pela análise econômica do direito, revela a adoção pelo legislador pátrio de um mecanismo conhecido como *spending power*.

Este mecanismo é inspirado na doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos da América, e permite ao governo federal influenciar políticas estaduais através do condicionamento de repasses financeiros. Rocha *et al*³⁵⁸ explica que:

Spending Power é uma expressão americana advinda da *Spending Clause*, presente no Artigo 1, Seção 8, Cláusula 1 da Constituição dos Estados Unidos, conhecida por servir de meio para que o ente nacional condicione o repasse de recursos financeiros para os entes subnacionais em troca de envolvimento ou de abstenção em certas atividades de competência subnacional. A *Spending Clause* estabelece que: “O Congresso terá o poder de estabelecer e cobrar taxas, direitos, impostos e tributos, para pagar as dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos; mas todos os direitos, impostos e tributos devem ser uniformes em todos os Estados Unidos”.

No caso do NMLSB, se refere à capacidade da União de condicionar o repasse de recursos federais aos titulares dos serviços de saneamento, que são exercidos pelos Estados e Municípios, que observarem as normas de referência estabelecidas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. Especificamente:

O objetivo do legislador pátrio, consoante dito anteriormente, é incentivar a adoção das normas de referência da ANA pelos entes federativos, com o intuito de promover uma regulação mais uniforme e eficiente do setor de saneamento em todo o país.

Conforme também já fora explicado num outro momento, embora as normas de referência da ANA não sejam diretamente vinculantes, o mecanismo de *spending power* cria um incentivo financeiro para sua adoção, potencialmente aumentando sua efetividade.

É importante notar que este uso do *spending power* busca equilibrar a necessidade de uma regulação mais uniforme no setor de saneamento com o respeito à autonomia dos entes federativos, utilizando incentivos financeiros em vez de imposição direta de regras.

³⁵⁸ ROCHA, Luiz Alberto Gurjão Sampaio de Cavalcante; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo; MAZIVIERO, Luiza Nobre. **O *spending power* na nova lei do saneamento básico e suas implicações no pacto federativo**. Revista de Direito Brasileiro, Passo Fundo, v. 32, n. 12, p. 251-296, 2021.

Isso nos faz entender que as normas de referência devem ser encaradas dentro do conceito de *soft law* no setor do saneamento. A *soft law* pode ser conceituada com uma norma não impositiva e com um conteúdo diretivo que deixam aos seus destinatários uma possibilidade discricionária de cumprimento³⁵⁹.

Esse tipo de figura jurídica tem o potencial de contribuir com a construção de um panorama normativo que termina por impactar no desenvolvimento de instrumentos da *hard law*, que representam conteúdos normativos de caráter vinculativo para os seus destinatários com mecanismos de sanção em caso de descumprimento.

Assim, a partir do momento que tratamos as normas de referência como uma espécie de *soft law*, chegamos à conclusão de que ela não tem como objetivo usurpar competências regulatórias, mas sim incentivar comportamentos aderentes a uma determinada política setorial³⁶⁰.

No caso sob comento, as normas de referência que serão expedidas pela ANA possuem observância facultativa, mas possuem o condão de induzir a construção de normas vinculativas no âmbito das agências reguladoras supranacionais.

Por fim, é de se destacar uma importante adição realizada pelo novo marco acerca de uma abordagem específica sobre esgotamento sanitário. O novo texto da Lei ressalta a importância de considerar, ao ampliar o acesso dos serviços aos domicílios, a necessidade de tratamento e disposição adequada do esgotamento sanitário. Além disso, aborda a conexão das edificações dos usuários às redes de esgotos.

Assim, a lei estabelece que a agência reguladora ou o titular dos serviços devem definir um prazo, não superior a um ano, para que os usuários solicitem a sua conexão às redes de esgoto.

³⁵⁹ ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O Novo Direito Administrativo e Governança Pública**. 1. ed. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2018. p. 172.

³⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2015. p. 196-197

Com essa revisão, há segurança jurídica para a gratuidade da conexão das edificações dos usuários de baixa renda à rede de esgoto, embora haja a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro na prestação desses serviços³⁶¹.

8.3 PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO E O IMPACTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI 1842

Inicialmente, é importante destacar que no tocante aos serviços de destinação de resíduos sólidos e drenagem urbana, devido ao interesse local da municipalidade e ao fato de esses serviços ocorrerem dentro das circunscrições municipais, a titularidade desses serviços sempre foi atribuída aos municípios, sem maiores questionamentos³⁶².

Contudo, a titularidade sobre a prestação dos serviços de saneamento básico, especialmente abastecimento de água e esgotamento sanitário, sempre foi uma questão complexa no sistema jurídico brasileiro, devido ao arranjo federativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

O novo marco legal, inclusive, trouxe como um de seus princípios fundamentais a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

É importante pontuar que a CF/88 adotou o princípio da predominância do interesse. Segundo esse princípio, cabe à União tratar de assuntos de interesse predominantemente nacional, aos estados os de repercussão regional, e aos municípios os de interesse local³⁶³.

Tradicionalmente, os municípios são responsáveis pela titularidade das ações relacionadas à execução do saneamento básico, numa sistemática onde são

³⁶¹ VILARINHO, Cíntia Maria Ribeiro; COUTO, Eduardo de Aguiar do. Saneamento Básico e Regulação No Brasil: desvendando o passado para moldar o futuro. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 233-257, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/195980>. Acesso em: 01 jul. 2024.

³⁶² LEITE, Carlos Henrique Pereira; MOITA, José Machado; BEZERRA, Ana Keuly Luz. Novo marco legal do saneamento básico: alterações e perspectivas. **Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 27, n. 5, p. 1041-1047, set./out. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/esa/a/c9q3cL4bMT4L4KP7zCMxzCP/?format=pdf>. Acesso em: 04 jul. 2024.

³⁶³ GONDIM, Liliane Sonsol. **Limites à atuação das agências reguladoras em relação a saúde, ambiente e recursos hídricos**. In: PHILIPPI JR., Arlindo; GALVÃO JR., Alceu de Castro. (org.). **Gestão do saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. São Paulo: Editora Manole, 2012. p. 602.

delegados os serviços de água e esgotamento sanitário às empresas estatais dos respectivos estados.

Na prática, isso reflete o que Melo³⁶⁴ chama de "princípio da colaboração federativa", baseado no ideal de solidariedade implícito no texto constitucional. Como vimos, o novo marco estabeleceu novas regras para a contratação dos serviços de saneamento básico por parte dos entes federativos, o que demandará uma coordenação interfederativa ainda maior.

De se dizer que a abordagem regional pode ser um dos fatores importantes visando superar as dificuldades enfrentadas pelas gestões municipais, especialmente em termos de recursos financeiros e logística, devido às diversas realidades entre os municípios.

Neste sentido, é de mencionar a importância do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842-RJ, que decidiu que, nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, a titularidade do saneamento deve ser compartilhada entre o Estado e os Municípios do respectivo ajuntamento urbano, considerando o interesse regional predominante³⁶⁵.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1842 questionou a constitucionalidade da Lei Complementar nº 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro. Referida norma foi responsável por instituir a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos bem como por determinar a transferência da titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado.

Vale ressaltar ainda que foram questionados dispositivos da Lei nº 2.869/1997 e do Decreto nº 24.631/1998, ambos do Estado do Rio de Janeiro, que tratavam dos serviços de saneamento básico.

³⁶⁴ MELO, Álisson José Maia. **Gestão associada para regulação do saneamento básico**. In: PHILIPPI JR., Arlindo; GALVÃO JR., Alceu de Castro. (org.). **Gestão do saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. São Paulo: Editora Manole, 2012. p. 689-717.

³⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.842**. Relator: Min. Luis Fux, Redator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 06 mar. 2013, Plenário, Data de publicação: Dje nº 181 16 set. 2013. Brasil, 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241775/false>. Acesso em: 01 jul. 2024.

Os principais argumentos apresentados no âmbito da ADI 1842 giraram em torno de três eixos principais, quais sejam, a autonomia municipal, a competência estadual e os serviços de saneamento básico.

Um dos pontos centrais da ADI 1842 foi a discussão sobre a autonomia municipal. Vale ressaltar que tal princípio constitucional implica aos Municípios a responsabilidade pelo atendimento das demandas sociais, alicerçadas em direitos fundamentais.

Em razão disso, houve questionamento de como essa autonomia se relaciona com a necessidade de integração metropolitana. O Supremo Tribunal Federal asseverou que, em casos de integração numa região metropolitana, existe um interesse comum entre os entes que leva à conclusão de que a titularidade e o poder concedente são compartilhados entre os Municípios e o Estado.

A Suprema Corte também deixou claro que não há possibilidade de escolha pelo Município em participar dos mecanismos de integração metropolitana, como é o caso da legislação que institui a região metropolitana, o que, segundo o entendimento do tribunal, não esvaziaria a autonomia do ente municipal.

Importa mencionar que esse tema tem ligação umbilical com a questão da competência estadual na gestão de regiões metropolitanas, algo que também fora abordado durante o julgamento da referida ADI. De se dizer que o artigo 25, §3º da Constituição Federal prevê a possibilidade de os Estados instituírem regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

E neste sentido, foi decidido pelo STF que, em casos de integração metropolitana, há uma mitigação da autonomia municipal em prol da realização de funções de interesse comum metropolitano. Isso significa que, embora a autonomia municipal seja preservada, ela é exercida de maneira distinta em função da presença dos interesses comuns.

E nos casos dos serviços públicos de saneamento básico, que foram um ponto crucial na ADI 1842, tanto a complexidade como o alto custo desses serviços, que frequentemente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de um interesse comum entre entes federativos.

Assim, o STF entendeu que, em regra, a titularidade e o poder concedente desses serviços pertencem aos Municípios. Porém, em casos de integração metropolitana, essa titularidade é compartilhada entre Municípios e Estado.

É importante notar que a regionalização dos serviços de saneamento básico já era comum no Brasil antes do novo marco regulatório do setor. Com as mudanças regulatórias, as diretrizes de regionalização foram elevadas a "princípios fundamentais" do setor de saneamento (art. 2, XIV, Lei nº 11.445/2020).

A análise dos argumentos apresentados na ADI 1842 revela a complexidade das relações interfederativas na gestão de regiões metropolitanas e na prestação de serviços públicos de interesse comum.

A decisão proferida pela Suprema Corte teve um impacto significativo na compreensão da titularidade dos serviços de saneamento básico e na gestão das regiões metropolitanas. Como dito, o resultado do julgamento foi fundamental para esclarecer questões relacionadas à prestação regionalizada de serviços e à autonomia municipal

O Acórdão exarado pela Suprema Corte apontou que:

A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum (...) A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos.³⁶⁶

Num outro trecho do mencionado Acórdão, resta claro que nesses arranjos institucionais não transfere as competências para um único ente, devendo a gestão ser efetivamente compartilhada entre eles. Veja-se:

O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto (...) É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.³⁶⁵

³⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.842**. Relator: Min. Luis Fux, Redator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 06 mar. 2013, Plenário, Data de publicação: Dje nº 181 16 set. 2013. Brasil, 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241775/false>. Acesso em: 01 jul. 2024.

Esse trecho da decisão revela que o STF buscou equilibrar a necessidade de integração metropolitana com o respeito à autonomia municipal, estabelecendo diretrizes importantes para a governança interfederativa no Brasil.

Isto porque, como se percebe acima, a criação de regiões metropolitanas não pode resultar na simples transferência de competências dos Municípios para o Estado. É necessário que se evite a concentração do poder decisório e do poder concedente nas mãos de um único ente, a fim de preservar o autogoverno e a autoadministração dos municípios. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre Municípios e Estado.

Conforme se depreende da decisão proferida pela Suprema Corte, a região metropolitana deve, como ente colegiado descentralizado, planejar, executar e funcionar como poder concedente dos serviços de saneamento básico, inclusive por meio de agência reguladora, se for o caso. Essa abordagem visa atender ao interesse comum e à autonomia municipal simultaneamente.

O objetivo primordial é o de possibilitar os entes políticos trabalharem de maneira conjunta, com respeito a autonomia municipal e, ao mesmo tempo, reconhecendo a importância da necessidade de cooperação visando a prestação eficiente de serviços essenciais de saneamento básico em regiões metropolitanas.

Imperioso ressaltar o fato de que a nova legislação do saneamento está alinhada com a lógica interpretativa adotada pelo STF, ao incluir a prestação regionalizada dos serviços como um princípio fundamental da prestação de serviços públicos de saneamento básico.

Essa abordagem tem impactos relevantes para os objetivos de universalização³⁶⁷, tendo em vista que possibilita promover o acesso equitativo aos serviços de abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto para toda a população, independentemente da localização geográfica ou condição socioeconômica.

De se dizer ainda que a formação de blocos regionais possibilita a realização de subsídios cruzados, nos quais municípios superavitários financiam a expansão

³⁶⁷ JOBIM, Andrea Ferreira Caputo. *et al.* **A autonomia municipal na prestação regionalizada de saneamento básico.** Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 9, n. 1, p. 138-166, maio, 2023.

dos serviços em municípios deficitários, garantindo o equilíbrio econômico-financeiro necessário para a universalização³⁶⁸.

Do mesmo modo, ao agrupar municípios em regiões, é possível obter economias de escala, reduzindo os custos operacionais e administrativos por meio do compartilhamento de infraestrutura e recursos³⁶⁹.

Desta forma, a prestação regionalizada dos serviços permite a otimização de recursos, a troca de experiências e o desenvolvimento de soluções técnicas adequadas às realidades locais.

Vale pontuar que o artigo 50 do novo marco do saneamento determinou que a alocação de recursos federais e financiamentos com recursos da União ficam condicionados ao estabelecimento de uma estrutura de prestação regionalizada dos serviços de saneamento.

A Lei nº 14.026/2020 redefine a "prestação regionalizada" como uma modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em uma região que abranja mais de um município.

O mesmo diploma legal indica que a regionalização pode ser estruturada como: região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; unidade regional de saneamento básico; ou bloco de referência. O novo marco legal também diferencia expressamente entre serviços públicos de saneamento básico de interesse local e aqueles de interesse comum.

Os serviços de interesse local atendem a um único município, enquanto os de interesse comum são prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, onde há compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário entre dois ou mais municípios.

Vale ressaltar que as regiões metropolitanas, aglomeração urbana ou microrregião devem ser instituídas pelos Estados mediante lei complementar, nos termos do §3º do art. 25 da Constituição Federal, devendo ser composta de

³⁶⁸ MONTEIRO, Vera. **Prestação regionalizada do serviço de saneamento um novo federalismo em curso?**. [S. l.], 17 ago. 2021. Blog Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/prestacao-regionalizada-do-servico-de-saneamento-17082021>. Acesso em: 20 ago. 2024.

³⁶⁹ LOUREIRO, Gustavo Kaercher. FERREIRA, Eden José, COELHO, João Paulo. **Prestação Regionalizada sim. Regionalização não**. Rio de Janeiro: FGV CERI, 2022. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2022-06/prestacao-regionalizada-e-prestacao-regionalizada-v.2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2024.

agrupamento de Municípios limítrofes conforme determina o Estatuto da Metrópole, Lei nº 13.089/2015³⁷⁰.

Por outro lado, as unidades regionais de saneamento básico, introduzidas pelo novo marco, devem ser implementadas pelos Estados mediante lei ordinária.

Esse novo formato deve considerar os agrupamentos de Municípios não necessariamente limítrofes, com o objetivo de atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou objetivando dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos, numa lógica econômica por meio de subsídios cruzados.

Por fim, o NMLSB conceituou o bloco de referência como um agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, que deverá ser instituído de forma subsidiária pela União acaso os Estados não exerçam suas competências legislativas para a estruturação de uma das governanças acima mencionadas.

O incentivo trazido pelo novo marco gerou a concepção de dezenas de leis estaduais com o objetivo de reorganizar a forma de prestação dos serviços de saneamento básico. Trata-se, sem sombra de dúvidas, de uma inovação verdadeiramente disruptiva promovida pela nova legislação do setor.

O processo de regionalização enfrentou diversos desafios, como prazos apertados, falta de metodologias de apoio aos estados e interpretações divergentes do marco legal. Alguns estados optaram por soluções simplificadas, como englobar todos os municípios em uma única região de saneamento, sem uma justificativa técnica sólida.

Outro aspecto relevante é a heterogeneidade dos processos e das abordagens adotadas pelos estados. Enquanto alguns buscaram a preservação dos contratos existentes com as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs), outros optaram por modelos mais abertos, permitindo várias formas de prestação, como autarquias regionais, concessões, parcerias público-privadas (PPPs) e a manutenção de prestações municipais diretas.

Até dezembro de 2022, dezenove estados haviam aprovado suas leis de regionalização, enquanto dois estados (Minas Gerais e Goiás) ainda tinham projetos

³⁷⁰ PEREIRA, Carmino Eduardo; SATO, Guilherme Pinato. O Saneamento Básico e o Papel das Empresas Estatais no Novo Marco Regulatório. **Revista Foco Interdisciplinary Studies**, [S. l.], v. 16, n. 12, 2023. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/3630>. Acesso em: 05 jul. 2024.

de lei em debate nas assembleias legislativas. Outros dois estados (Amapá e Rio de Janeiro), apesar de não possuírem normas sobre o tema, optaram por promover a regionalização por instrumentos de gestão associada³⁷¹.

Por último, até aquela data, apenas 3 estados não possuíam legislação específica ou um meio de gestão associada definido. O estado de Tocantins finalizou a consulta pública sobre o projeto de lei, mas ainda não o enviou para aprovação, e dois estados (Acre e Pará) não finalizaram um projeto de regionalização.

Quanto aos modelos de arranjo regional adotados, a maioria dos estados optou pela criação de microrregiões de saneamento, com as unidades regionais figurando na segunda opção dos legisladores estaduais.

Percebe-se que, apesar do novo marco impor um desafio significativo de coordenação interfederativa dos entes envolvidos, houve uma adesão relevante dos estados na tentativa de reorganizar seus modelos de prestação de serviços do saneamento, o que pode ser visto como uma grande conquista proporcionada pela nova legislação.

8.4 DA VALIDADE DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO – O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE - (ADIS) 6492, 6536, 6583 E 6882

Como fora dito em todo o momento no decorrer desta tese, o Brasil enfrenta um déficit crônico na infraestrutura de saneamento básico, com milhões de cidadãos privados do acesso a serviços essenciais de água tratada e esgotamento sanitário. Essa realidade impactou negativamente a saúde pública, o meio ambiente e o desenvolvimento socioeconômico do país.

Em um esforço para reverter esse cenário, houve a aprovação da Lei 14.026, instituindo o Novo Marco Legal do Saneamento Básico. A legislação ambiciosa, claramente influenciada por conceitos econômicos, visa modernizar o setor, atrair investimentos privados e promover a universalização do acesso aos serviços de saneamento.

³⁷¹ SOUZA; Rodrigo Pagani de. *et al.* A nova regionalização do saneamento básico no Brasil: os Estados despontam como coordenadores da cooperação interfederativa. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 191-253, jul./set. 2023.

No entanto, a constitucionalidade da nova lei enfrentou contestações judiciais. Quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) foram impetradas no Supremo Tribunal Federal (STF)³⁷², questionando dispositivos-chave do marco regulatório.

As ADIs 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882 foram propostas por entidades como a Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento (Assemae) e partidos políticos, como o PCdoB, Psol, PSB, PT e PDT.

Um dos principais argumentos trazidos pelas referidas ações contra a constitucionalidade do novo marco legal foi a da suposta violação da autonomia municipal. Se argumentou que a lei interfere na competência dos Municípios de organizar e prestar serviços públicos de interesse local, como é o caso do saneamento básico.

Isto porque, a lei federal nº 14.026/2021 teria trazido restrições à liberdade dos Municípios de organizarem seus serviços públicos locais, o que constitui uma prerrogativa administrativa decorrente de sua autonomia política e financeira.

Vale ressaltar que foi destacado que a autonomia municipal tem uma importância fundamental no sistema federativo brasileiro. Isto em razão dela permitir que os municípios ajam de maneira responsável e conforme sua liberdade de escolha racional, buscando o melhor caminho para atingir os fins sociais previstos na Constituição.

A violação de um preceito como a autonomia por parte de um Estado-membro pode até mesmo levar à intervenção federal, o que demonstra sua relevância no desenho federativo instituído pelo constituinte originário.

Do mesmo modo, na fundamentação das ADIs, sustentou-se que não compete à Agência Nacional de Águas o planejamento, a gestão e a fiscalização dos serviços de saneamento, que são titularizados pelos municípios brasileiros.

Ademais, pelo fato de a lei incentivar a regionalização dos serviços de saneamento, também foi questionada a possibilidade de tal sistema afetar a autonomia municipal.

Por conta desta previsão da novel norma, as ADIs concluíram que estaria havendo violação da autonomia municipal em razão da concentração de poderes

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.536**. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 02 de. 2021. Plenário, Data de publicação: DJe nº 100, 24 maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351391741&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024

regulatórios indevidamente no âmbito da União, resultando numa clara usurpação de competências constitucionais.

Outro aspecto bastante contestado foi a obrigatoriedade de os municípios adotarem a prestação direta dos serviços ou a concessão à iniciativa privada, vedando-se a utilização de contratos de programa com empresas estaduais, prática comum anteriormente.

Tal direcionador foi visto como uma limitação das opções dos municípios quanto a forma de prestação dos serviços, o que contraria a autonomia não só do município, mas de todos os entes federativos, impondo, em última análise, uma privatização forçada dos serviços de saneamento.

Nesta linha, de acordo com os argumentos trazidos pelos proponentes das ADIs, existiam riscos de criação de monopólio do setor privado na prestação dos serviços de saneamento, o que poderia terminar por impactar no modelo idealizado de subsídios cruzados, prejudicando Municípios com menor viabilidade econômica.

Também foi dito que, se concretizando a hipótese de privatização forçada dos serviços, poderia haver um aumento desproporcional das tarifas, uma baixa aplicação da tarifa social e investimentos insuficientes em áreas menos rentáveis, como vilas, favelas e cidades de menor porte.

Foram expostas preocupações de que as empresas privadas, buscando maximizar seus lucros, sejam relutantes em colocar serviços em locais onde vivem populações com menor capacidade de pagamento. A complexidade urbanística de algumas áreas, como favelas, pode representar um desafio adicional para a implementação dos serviços por empresas privadas.

Existiram ainda questionamentos sobre a eficácia da privatização para alcançar a universalização dos serviços. Se argumentou que não haveria evidências de que a universalização ocorre mais efetivamente em modelos privados do que em modelos públicos de prestação de serviços.

Ademais, houve questionamentos sobre as disposições da lei que afetariam sobreditos contratos de programa vigentes, argumentando-se que isso poderia violar o princípio da segurança jurídica, pondo em risco os serviços então prestados com base nesses instrumentos.

Outrossim, as metas estabelecidas para a universalização dos serviços de água e esgoto foram questionadas quanto à sua viabilidade em razão dos possíveis impactos financeiros que deveriam ser incorporados nos contratos já existentes.

Do mesmo modo, houve questionamento acerca de uma possível ofensa ao princípio federativo, em razão da transformação da Agência Nacional de Águas em Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, com competências ampliadas para editar normas de referência e exercer poder de polícia no setor.

Também houve o questionamento da constitucionalidade do mecanismo de *spending power* exercido pela União, que fora introduzido pelo novo marco legal.

Por outro lado, a Advocacia-Geral da União (AGU) trouxe argumentos no sentido da compatibilidade do Novo Marco Legal com a Constituição Federal. Segundo a AGU, a atualização das regras de saneamento era crucial para possibilitar o aumento da eficácia do sistema, garantir a execução de contratos e aumento de investimentos, e estipular metas de universalização.

A AGU ressaltou que o legislador preservou as esferas de atuação dos entes federativos e criou mecanismos para viabilizar a expansão dos serviços de saneamento, atualmente inacessíveis a metade da população brasileira.

Também fora dito que o principal objetivo do novo marco legal é o de universalizar e qualificar a prestação dos serviços de saneamento até 2033.

E que para atingir esses objetivos de garantir que 99% da população brasileira tenha acesso à água potável e 90% ao tratamento e coleta de esgoto, a lei incentivou a regionalização da gestão dos serviços de saneamento básico. Isso perpassa pela criação de novas instâncias de governança responsáveis por deliberar sobre a prestação dos serviços, regulação, planos regionais de saneamento e formas de controle social.

Tais mudanças seriam necessárias para atrair mais investimentos para o setor. Foi estimado pela AGU que a universalização do saneamento básico pudesse gerar uma economia de R\$ 1,4 bilhões entre 2015 e 2035 apenas em gastos com saúde, devido à redução de internações por doenças relacionadas à falta de saneamento.

Além disso, fora argumentado que o novo marco visa promover a eficiência na prestação dos serviços. As empresas prestadoras, sejam públicas ou privadas,

devem comprovar sua capacidade econômico-financeira para cumprir as metas de atendimento estabelecidas.

Tais regras visam representar uma mudança de paradigma na gestão desses serviços essenciais no Brasil.

Ato contínuo, o julgamento das ADIs teve início em agosto de 2021, quando o ministro Luiz Fux, relator dos processos, manteve os efeitos da nova lei ao negar a concessão de liminares. Em seu voto, Fux destacou os alarmantes índices de saneamento no Brasil, com mais de 35 milhões de pessoas sem acesso à água tratada.

O ministro enfatizou que a legislação estabelece requisitos legais compatíveis com a Constituição, como o alcance de índices mínimos, a operação adequada dos empreendimentos, a observância das normas de referência e o fornecimento de informações atualizadas.

Um dos principais argumentos de Fux foi que o Novo Marco Legal do Saneamento preserva a autonomia dos municípios e sua harmonização com arranjos federativos de contratação. O Tribunal entendeu que a Lei 14.026/2020 está fundamentada nos artigos 21º inciso XX, 22º inciso XXVII, e 23º, inciso IX, da Constituição Federal e que isso possibilitou a formação de arranjos federativos de contratação pública compatíveis com a autoadministração dos municípios.

Nesta linha, e de acordo com o Relator, a novel legislação fornece dois modelos de arranjos federativos voltados exclusivamente ao setor, evitando impor a um único município todos os custos de transação envolvidos com contratos de concessão.

O Tribunal entendeu ainda que, embora a organização das atividades continue sob titularidade dos municípios, o planejamento das políticas de saneamento resulta de deliberação em dois níveis: federal e estadual/regional. Isso significa que os municípios terão que se adaptar a um novo modelo de gestão compartilhada.

O ministro Gilmar Mendes também destacou o fato de que a União tem competência para instituir diretrizes sobre o saneamento básico, conforme o artigo 21, XX, da Constituição. Ele argumentou que, em razão disso, não se configura violação da Carta Magna a fixação, pela Agência Nacional de Águas, de requisitos

de conformidade regulatória esperados dos municípios e dos estados para que possam receber transferências da União.

E neste sentido, o Supremo Tribunal Federal terminou por declarar constitucional o mecanismo de *spending power*, desde que tais normas de referência tenham caráter de diretrizes e não ultrapassem certos limites.

Para a Suprema Corte, não restou configurada ofensa ao princípio federativo em relação à nova redação do art. 50 da Lei 11.445/2007 pois ele apenas estabelece requisitos para transferências voluntárias da União, se configurando como mecanismo de *compliance* do ente federal.

Em razão disso, os municípios agora terão que observar os requisitos de conformidade regulatória estabelecidos pela nova legislação para fazer jus às transferências voluntárias, onerosas e não onerosas, provenientes da União. Isso pode representar um desafio para alguns municípios, mas também pode levar a uma maior eficiência na gestão dos recursos.

De se dizer ainda que a exclusão do contrato de programa para execução dos serviços públicos de saneamento básico foi considerada uma afetação proporcional à autonomia negocial dos municípios, em prol de objetivos setoriais legítimos.

A Suprema Corte entendeu que a opção legislativa pela delegação sob o modelo de concessão protege a segurança jurídica, estabelece metas de atendimento à população e visa fomentar a concorrência e aumentar a eficiência dos serviços.

É importante ressaltar que a decisão do STF não elimina completamente a autonomia dos municípios. Eles ainda têm a prerrogativa de decidir se o serviço será prestado de forma direta ou por delegação. No entanto, caso optem pela delegação, terão que seguir as novas regras estabelecidas pelo marco legal do saneamento básico.

Por último, importa destacar que o ministro Luís Roberto Barroso opinou que o novo marco buscou aumentar a eficiência dos serviços de saneamento básico ao autorizar uma maior participação da iniciativa privada na área.

O ministro salientou que o Estado, de uma maneira geral, enfrenta restrições orçamentárias e fiscais, não dispondo de recursos suficientes para fornecer um serviço de qualidade a toda a população, e por estes motivos é preciso abrir o mercado para empresas privadas.

A ministra Cármen Lúcia acrescentou ainda que o novo marco legal, além de não esvaziar a autonomia dos municípios, estabeleceu regras de proteção da saúde e do meio ambiente, que devem ser vistas como um ganho para o setor.

Embora a maioria dos ministros tenha acompanhado o entendimento do relator, houve votos divergentes. O ministro Edson Fachin sustentou que a imposição das opções de prestação direta ou concessão contraria a autonomia dos entes federativos, ferindo o pacto federativo.

Para o Ministro Edson Fachin, a Constituição prevê outros meios para a prestação de serviço público além das modalidades estabelecidas na lei. A principal divergência de Fachin se deu em relação aos já referidos contratos de programa, instrumento que, como amplamente dito anteriormente, permite que municípios transfiram a outro ente federativo a execução de determinados serviços.

Ele argumentou que a nova legislação promove uma interferência nos contratos de programa em vigor, estabelecendo condições que não constavam das avenças anteriores, e tudo isso sem a anuência do ente que detém a titularidade do serviço prestado. E neste sentido, ele considerou inconstitucionais os artigos da Lei 14.026/2020 que trataram sobre o tema.

As ministras Rosa Weber e Ricardo Lewandowski acompanharam o voto divergente de Fachin.

No entanto, ao final, por 7 votos a 3, o STF declarou a constitucionalidade do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, validando a maior parte de seus dispositivos. O acórdão teve a seguinte redação:

Ementa: ações diretas de inconstitucionalidade 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882. Direito constitucional, administrativo e regulatório. Lei 14.026/2020. Atualização do marco legal do saneamento básico. Renovação em quatro leis federais – na lei 9.984/2000, que instituiu a agência nacional de águas (ana); na lei 10.768/2003, que dispõe sobre o quadro funcional da ana; na lei 11.107/2005, a lei dos consórcios públicos; e, principalmente, na lei 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Juízo de admissibilidade positivo. Mérito. Quatro premissas teóricas. (a) disciplina constitucional dos serviços públicos de saneamento. (b) funcionalidade e atributos econômicos do saneamento. (c) realidade brasileira à luz da redação original da lei 11.445/2007. Desatendimento às essencialidades sanitárias. (d) objetivos setoriais da lei 14.026/2020. Temáticas apreciadas. Primeiro pilar da lei 14.026/2020. (1) os instrumentos de prestação regionalizada versus a autonomia política e financeira dos municípios. Constitucionalidade dos institutos legais de cooperação. Segundo pilar da lei 14.026/2020. (2) a modelagem contratual que determinou a concessão obrigatória e, ao mesmo tempo, a vedação ao contrato de programa. Contrapontos: “esvaziamento” da autonomia

administrativa dos municípios e desrespeito a atos jurídicos perfeitos. Improcedência. Defasagem e acomodação geradas pelo contrato de programa. Terceiro pilar da lei 14.026/2020. (3) o robustecimento da instância federal para a coordenação do sistema de saneamento. Alegações: vício formal originário na atribuição das competências fiscalizatórias e sancionadoras à agência; e abuso de poder no procedimento condicionante à elegibilidade para as transferências voluntárias. Improcedência. Considerações sobre a tutela da segurança jurídica, em face dos arts. 13 e 14 da lei 14.026/2020. Ações diretas de inconstitucionalidade conhecidas e, no mérito, julgadas improcedentes³⁷³.

É de se dizer que essa decisão representa um marco histórico para o setor haja vista que reforça a validade das mudanças propostas pela Lei 14.026/2020, que visa aumentar a eficácia na prestação dos serviços de saneamento básico, remove obstáculos jurídicos e pavimenta o caminho para a expansão dos serviços de saneamento no país, com atratividade de recursos privados, algo muito buscado pelo novo marco.

Do mesmo modo, a atribuição de novas competências à Agência Nacional de Águas, que passa a ser responsável por editar normas de referência para a regulação do serviço de saneamento, tem o potencial de criar uma regulação nacional mais uniforme e eficiente, promovendo a melhoria da qualidade dos serviços em todo o país.

No entanto, é de se considerar que a decisão também impõe desafios principalmente para os municípios que precisarão se adaptar a um novo contexto regulatório bem como às empresas estaduais de saneamento, que deverão se adaptar às novas regras, participar de licitações para obter novas concessões e submeter-se às normas regulatórias editadas pela ANA.

8.5 AVANÇOS E DESAFIOS PROPORCIONADOS PELO NOVO MARCO

Como visto anteriormente, o Novo Marco Legal do Saneamento estabelece metas ousadas para a universalização do acesso aos serviços essenciais. Até 2033, o objetivo é garantir que 99% da população brasileira tenha acesso à água potável e 90% à coleta e tratamento de esgoto. Essa meta audaciosa visa erradicar as

³⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.536**. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 02 de. 2021. Plenário, Data de publicação: DJe nº 100, 24 maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351391741&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024

disparidades no acesso ao saneamento básico, que atualmente afetam milhões de brasileiros.

Ao promover o acesso universal aos serviços de saneamento como premissa básica, o Novo Marco Legal contribui diretamente para a redução da incidência de enfermidades e, conseqüentemente, para a melhoria da qualidade de vida da população.

Isto porque, conforme dito antes, cada real investido em saneamento básico pode gerar uma economia de até quatro reais em gastos com saúde pública. Essa relação custo-benefício evidencia a importância econômica e social desses investimentos, além dos impactos positivos na produtividade e no bem-estar geral da sociedade.

O Novo Marco Legal do Saneamento busca incrementar a participação da iniciativa privada no setor. Ao determinar a extinção dos contratos de programa (que não tenha viabilidade econômica) e tornar obrigatória a licitação para a contratação de serviços de saneamento, a nova legislação abre caminho para parcerias público-privadas e concessões.

Essa abertura ao setor privado, que vem ocorrendo de forma significativa³⁷⁴, tem o potencial de atrair investimentos significativos para o setor, num momento em que as restrições fiscais são um entrave às participações estatais. Essas injeções de capital são essenciais para a expansão e modernização da infraestrutura de saneamento, permitindo que as metas de universalização sejam alcançadas de forma mais eficiente e sustentável.

Diante desse cenário, a estruturação de projetos a serem licitados para a contratação por meio de concessões ou parcerias público privadas surgiu como uma estratégia para atrair investimentos para áreas onde os prestadores de serviços atuais não conseguiam mobilizar recursos técnicos e financeiros suficientes para alcançar a universalização. E neste sentido, os Estados vêm sendo auxiliados pelo BNDES para esse tipo de estruturação³⁷⁵.

³⁷⁴ ABCON SINDCON – ASSOCIAÇÃO E SINDICATO NACIONAL DAS CONCESSIONÁRIAS PRIVADAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO. **Panorama da participação privada no saneamento 2023: A década do saneamento**. São Paulo: Abcon/Sindcon, 2020. Disponível em: <https://abconsindcon.com.br/edicao-panorama/panorama-2023/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

³⁷⁵ BNDES. **Estruturação de projetos**. Brasília: BNDES Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. [20--]. Site Institucional. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/bndes-estruturacao-de-projetos#>. Acesso em: 20 ago. 2024.

Ressalte-se que o BNDES vem atuando continuamente em projetos de desestatização do setor de saneamento desde a criação do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) pelo Governo Federal em 2016 (Medida Provisória nº 727, de 12/05/2016, posteriormente convertida na Lei Federal nº 13.334, de 13/09/2016).

A iniciativa busca ampliar os empreendimentos públicos de infraestrutura, e contribuir para a melhora da qualidade destes serviços.

O BNDES atua na estruturação de projetos de infraestrutura contribuindo para a melhoria da qualidade dos projetos, e para aproximar os objetivos dos poderes concedentes de universalização e qualidade na prestação dos serviços públicos, definidos em lei³⁷⁶.

Essa atuação também visa ampliar os empreendimentos públicos de infraestrutura e alinhá-los aos objetivos dos concessionários privados, escolhidos por meio de licitação pública, possibilitando investimentos com previsibilidade e distribuição de risco adequada.

No âmbito do PPI, o BNDES é responsável, dentre suas várias atribuições, por apoiar os entes subnacionais na estruturação de projetos de desestatização do setor de saneamento. O Decreto Federal 9.036, de 20/04/2017, definiu o saneamento básico nos estados e municípios como uma política pública prioritária e autorizou as instituições oficiais de crédito (entre as quais se incluem o BNDES) a dar suporte à estruturação e ao desenvolvimento dos projetos de saneamento básico.

Ressalte-se que o setor privado possui grande interesse nos serviços de saneamento tendo em vista: (i) a possibilidade de *upside* dado o alto índice de perdas comerciais e em distribuição verificados atualmente, (ii) a estabilidade da geração de receitas em função da essencialidade dos serviços, bem como pela (iii) perspectiva de maior estabilidade regulatória em função do recente marco legal aprovado.

A atuação do BNDES auxiliando diversos entes federativos nos serviços técnicos necessários às modelagens de desestatização de serviços de água e esgoto vem conferindo maior grau de expertise ao banco, possibilitando a

³⁷⁶ SILVA, Cleverson Aroeira da. **Concessões e Parcerias Público-Privadas: Políticas Públicas para Provisão de Infraestrutura**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Brasília. 2022. Págs 279-316.

internalização de conhecimento setorial pelas suas equipes e a padronização de documentos, ferramentas e metodologias de análise³⁷⁷.

Assim, nesse formato, a atuação do BNDES ajuda a melhorar a confiança e a qualidade do processo de concessão de serviços públicos no país.

Vale ressaltar que uma das premissas nesse modelo de estruturação é a observância da prestação regionalizada dos serviços de saneamento, envolvendo consórcios de municípios, por ser uma solução para que cidades menores possam avançar na universalização. Essa abordagem permite a implementação de um modelo de subsídio cruzado, no qual áreas mais rentáveis subsidiam áreas menos favorecidas dentro da mesma região.

Outro pilar fundamental é o realismo tarifário, que combina a modicidade das tarifas com a viabilização dos investimentos necessários. Essa abordagem busca equilibrar a capacidade de pagamento da população com a sustentabilidade financeira dos projetos.

De se dizer que os modelos de parceria público-privada (PPPs) e concessões incluem metas contratuais de desempenho para os prestadores de serviços, com destaque para as metas de expansão e qualidade dos serviços. O descumprimento dessas metas pode resultar em reduções tarifárias, incentivando o cumprimento dos objetivos estabelecidos.

Vale ressaltar que os modelos de parceria com o setor privado podem variar, desde concessões plenas (abrangendo todas as etapas dos serviços de água e esgoto) até PPPs específicas para a prestação de serviços de esgoto, passando por modelos nos quais a distribuição de água e os serviços de esgoto são concedidos, enquanto a produção de água permanece estatal.

Até 2022, o BNDES já realizou o leilão de 12 projetos³⁷⁸ estruturados no setor de saneamento, incluindo três PPPs (uma no ES e duas no CE), oito concessões comuns (três no AL, uma no AP e quatro no RJ) e uma operação de alienação de controle (no RS).

³⁷⁷ GIAMBIAGI, Fábio, FAVERET, Paulo. **Financiamento da infraestrutura e capacidade de desembolso do BNDES: reflexões e cenário para 2023/2030**. Textos Para Discussão. FGV IBRE. 2022. Disponível em: <https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2022-10/texto-de-discussao-5-financiamento-da-infraestrutura.pdf> - acesso em 20/08/2024.

³⁷⁸ BNDES. **Hub de Projetos**. Brasília: BNDES Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. [20--]. Site Institucional. Disponível em: <https://hubdeprojetos.bndes.gov.br/pt/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

De se dizer que estes projetos que estão sendo estruturados pelo BNDES vão gerar benefícios para 28 milhões de pessoas, permitindo que quase 500 municípios alcancem a universalização dos serviços de saneamento (água e esgoto) até 2033. Os investimentos previstos somarão cerca de R\$ 60 bilhões até 2033.

No momento, na Região Nordeste, o BNDES está estruturando projetos para concessão dos serviços de saneamento nos Estados da Paraíba, Alagoas (um novo bloco), Sergipe, Pernambuco e Maranhão; na Região Norte, nos Estados de Rondônia e Pará; e, na Região Centro-Oeste, no Estado de Goiás.

Embora o BNDES seja o protagonista na estruturação de projetos de saneamento, outros bancos públicos também desempenham papéis importantes no setor. A Caixa Econômica Federal, por exemplo, também já realizou estruturas para projetos de concessão de saneamento.

Atualmente, a instituição possui uma carteira de crédito de com mais de R\$ 20 bilhões de investimentos para o setor, incluindo empréstimos para empresas e governos³⁷⁹.

Vale ressaltar que desde a implementação do marco legal do saneamento até dezembro de 2023, foram realizados 28 leilões, estruturados por diferentes instituições, em que pese a prevalência do BNDES, em 17 estados de todas as regiões.

Vale dizer que os leilões representam investimentos na monta de aproximadamente R\$ 100 bilhões nos próximos anos, repartidos entre qualificação/ampliação da infraestrutura e outorgas aos poderes concedentes, beneficiando 564 municípios e uma população de 30 milhões de brasileiros.

Vale ressaltar que um dos propósitos do novo marco era o de permitir a entrada de prestadores privados nesse mercado, tendo em vista os problemas de capacidade fiscal dos estados para realização de investimentos.

E neste sentido, as operadoras privadas ganharam diversas licitações, que também estavam disponíveis para a participação das CESBs, e agora passam a atender um amplo universo de usuários, desde 11 milhões de pessoas no estado do Rio de Janeiro até os 5 mil moradores de Eliseu Martins, no Piauí.

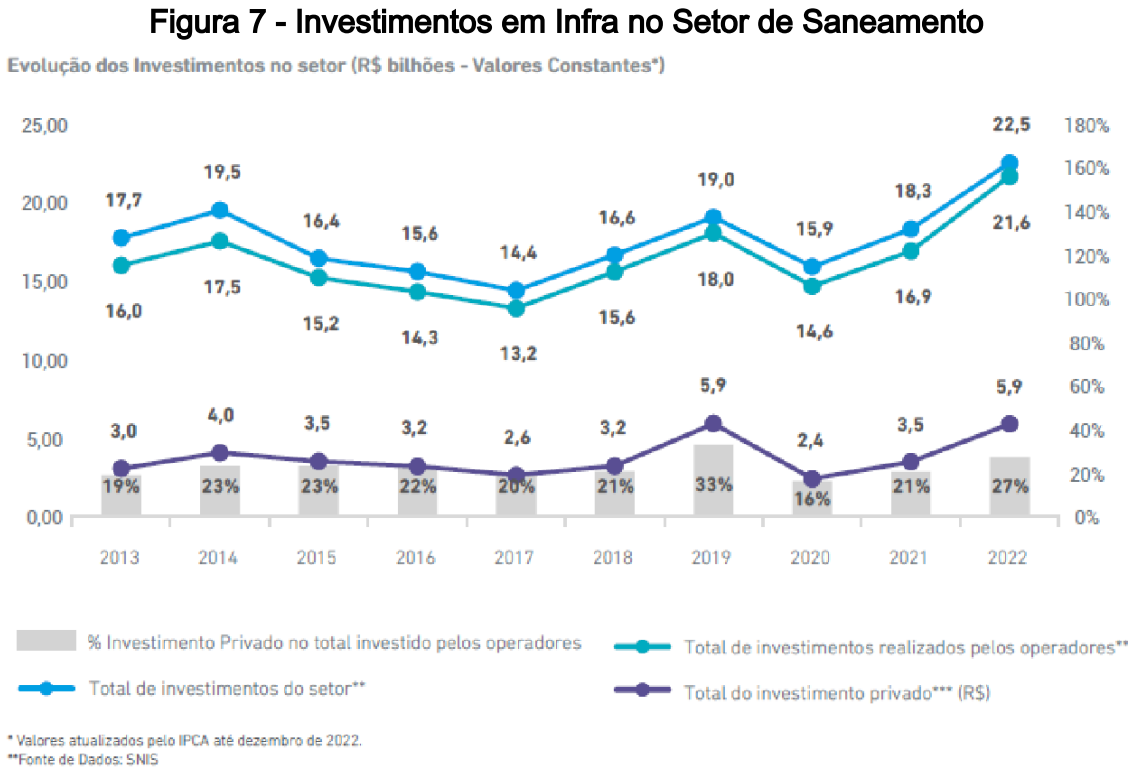
³⁷⁹ **PROJETOS.** In: PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS PPI. Brasília: PPI. [20--]. Disponível em: <https://ppi.gov.br/projetos/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

Isso demonstra uma maturidade do mercado, que atualmente possui mais de uma centena de empresas privadas prestadoras de serviços no setor de saneamento e que em no período de 2013 até 2023 ampliaram sua participação em contratos de 103 para 178, uma variação de 78%.

Vale ressaltar ainda que no período de 2013 até 2020, o ano que registrou o maior aporte de investimentos no setor foi o de 2014, com cerca de 19.5 bilhões reais de investimentos, considerando as devidas atualizações pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

Após a publicação do novo marco, já no ano de 2021, foram realizados cerca de 18.3 bilhões de reais de investimentos. Tais valores superam investimentos realizados em 6 (seis) dos 8 (oito) anos, quando consideramos o período de 2013 a 2020. Inclusive, percebe-se uma reversão de tendência de baixos aportes no setor.

De se dizer ainda que em 2022 foram registrados investimentos na ordem de 22.5 bilhões de reais, o maior já registrado nos últimos 10 anos. Referidos dados podem ser vistos no gráfico abaixo (Figura 7).



Fonte: Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (2024).

Para o ano de 2023, há expectativa que os investimentos sejam na ordem de 26.8 bilhões de reais³⁸⁰, o que demonstra o apetite de investidores no setor.

Entretanto, em que pese a verificação do aumento dos investimentos no setor, o que pode ser encarado como uma externalidade positiva dos efeitos do novo marco legal, o desafio ainda é hercúleo para a universalização, principalmente se considerarmos os valores necessários estimados pelo Instituto Trata Brasil, cerca de R\$ 538 Bilhões³⁸¹, e pela última revisão do Plansab em 2022³⁸², cerca de R\$ 598 bilhões de reais, para o atingimento das metas.

Assim, percebe-se que para o atingimento das metas de universalização, seriam necessários investimentos que ultrapassem a monta de R\$ 40 bilhões de reais anuais pelos próximos 10 anos. Mesmo com as reformas e os incrementos ocorridos no pós publicação do novo marco, esses valores ainda estão distantes de serem alcançados.

Por outro lado, também é importante dizer que o novo marco legal do saneamento também visa promover a eficiência e a qualidade dos serviços prestados. Ao estabelecer a obrigatoriedade de licitação e a regulação por meio da Agência Nacional de Águas, a nova legislação incentiva a competitividade e a adoção de melhores práticas no setor.

Essa padronização será realizada com suporte no princípio fundamental da prestação regionalizada, visando à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira³⁸³.

³⁸⁰ ABCON SINDCON – ASSOCIAÇÃO E SINDICATO NACIONAL DAS CONCESSIONÁRIAS PRIVADAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO - Disponível em: [https://abconsindcon.com.br/iniciativa-privada-no-saneamento-cresce-203-em-quatro-anos/#:~:text=E m%202022%2C%20o%20investimento%20do,%24%2026%2C8%20bilh%C3%B5es\).](https://abconsindcon.com.br/iniciativa-privada-no-saneamento-cresce-203-em-quatro-anos/#:~:text=E m%202022%2C%20o%20investimento%20do,%24%2026%2C8%20bilh%C3%B5es).) Acesso em: 20 ago. 2024.

³⁸¹ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Avanços do Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil – 2023 (SNIS 2021).** Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/avancos-do-novo-marco-legal-do-saneamento-basico-no-brasil-2023-snis-2021/> - Acesso em: 20 ago. 2024.

³⁸² Brasil. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB. Brasília: SNS/MDR, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/plano-nacional-de-saneamento-basico-plansab/arquivos/relatriodeavaliaoanualdoplansab2021.pdf> - Acesso em: 20 ago. 2024.

³⁸³ MIRANDA, Agélio Novaes de. **O direito fundamental ao saneamento básico e o novo marco legal do setor: arranjos jurídicos institucionais, federalismo de cooperação e a busca pela universalização dos serviços.** 2023. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2022.

Importa pontuar que a regionalização foi estruturada com o objetivo de promover não apenas a ampliação, mas, sobretudo, a reconfiguração da prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico, algo que, como visto, fora tratado pelos estados através de suas novas legislações com uma nova organização da prestação dos serviços.

Isso revela uma tentativa de superar a visão municipalista excessivamente dimensionada, com fundamentos jurídico-formais de natureza federalista, para tentar compreender o problema sob os enfoques histórico-econômico e administrativo e para chegar a uma atitude conciliadora entre o jurídico-constitucional e o administrativo-econômico³⁸⁴.

E neste sentido, o novo marco avança com a prestação regionalizada e, valendo-se de técnica legislativa própria da lei de diretrizes, traz definições legais significativas para a configuração normativa da regionalização, e colhe frutos a partir do momento em que observamos uma adesão quase que total dos estados da federação.

Não se pode olvidar, entretanto, do papel a ser exercido pela ANA no setor, e a importância de que ela tenha as ferramentas necessárias e supere os desafios regulatórios impostos pelo ambiente institucional pátrio para cumprir essa importante tarefa, que já é bastante complexo devido as nuances relacionadas ao enorme número de agentes reguladores no setor, dadas as características do saneamento.

E aqui me refiro aos riscos de esvaziamento da atuação da referida agência reguladora, que possui um papel central no novo marco. Isto porque, quando do estabelecimento deste modelo de estrutura regulatória, há de se considerar os riscos de outros atores institucionais, contrariados, iniciarem uma empreitada para esvaziar as competências atribuídas ao agente regulador, empregando diversas técnicas para atingir esse objetivo.

Neste sentido, importa atentar para situações que possam comprometer a atuação da referida agência. Como mapeado por Jordão e Ribeiro³⁸⁵, existem

³⁸⁴ MIRANDA, Agélio Novaes de. **O direito fundamental ao saneamento básico e o novo marco legal do setor**: arranjos jurídicos institucionais, federalismo de cooperação e a busca pela universalização dos serviços. 2023. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2022.

³⁸⁵ JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples**. Revista Estudos Institucionais, v. 3, n. 01, 2017, p. 181-209.

diversas possibilidades de enfraquecimento das agências reguladoras que vão desde o enfraquecimento do corpo diretivo por meio da vacância em cargos estratégicos à imposição de mecanismos de restrições orçamentárias que impactem na qualificação/contratação dos seus quadros de pessoal.

Os órgãos de controle também terminam por exercer ações que podem culminar com o enfraquecimento das agências. Isto ocorre quando há limitação aos leques ou instrumentos à disposição das agências, principalmente por meio de decisões restritivas de direitos, utilização de sanções de maneira descontrolada aos gestores daquelas agências ou até mesmo interferindo em escolhas regulatórias das agências.

Há que se ter em mente que as agências reguladoras foram criadas para garantir uma atuação estatal imparcial, técnica e estável nos setores de infraestrutura, visando atrair investimentos privados. No entanto, as ações desorganizadas e descoordenadas de diversos atores possuem o condão de comprometer esse projeto institucional. É essencial reconhecer e corrigir esses desvios para que as agências possam cumprir seu papel de forma eficiente e legítima.

Por último, é de se dizer que embora o Novo Marco Legal do Saneamento represente um avanço significativo, é importante reconhecer que ainda existem desafios a serem superados. A implementação das metas de universalização requer investimentos substanciais, coordenação entre os entes federativos e a construção de uma sólida estrutura regulatória.

Além disso, é fundamental garantir que os serviços de saneamento sejam acessíveis e acessíveis para todas as camadas da população, evitando que o aumento dos custos impacte negativamente as comunidades mais vulneráveis.

No entanto, as perspectivas futuras são promissoras. Com a atração de investimentos privados, a adoção de tecnologias inovadoras e a colaboração entre os setores público e privado, o Brasil está no caminho certo para superar os desafios e alcançar a universalização do saneamento básico.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo da tese desenvolvida, foi traçada a evolução do Estado liberal, social e pós-moderno, perpassando pelos modelos de Administração Pública então experimentados no território brasileiro.

Essa análise histórico-evolutiva se faz importante para entender o papel do Estado Regulador que se instalou, de maneira mais efetiva, ao redor do mundo. Não foi diferente no Brasil.

Podemos pontuar que, de uma maneira geral, a atividade regulatória que compete ao Estado busca conciliar que a prestação de um serviço público seja realizada de maneira universal, com qualidade e eficiência econômica, e que se efetue no menor custo possível para os usuários dos serviços públicos

Vale dizer que a regulação é fundamental para garantir a eficiência, a equidade e a sustentabilidade das atividades econômicas e sociais.

Por meio de um marco regulatório adequado, é possível prevenir e corrigir falhas de mercado, como monopólios e oligopólios, bens públicos e externalidades negativas. Além disso, a regulação pode promover a inovação, a qualidade dos serviços e a proteção dos direitos e interesses dos consumidores.

No contexto das políticas públicas, a regulação é um instrumento essencial para garantir a transparência, a *accountability* e a participação democrática.

Através da criação, implementação e monitoramento das políticas públicas, os órgãos reguladores podem contribuir para a construção de mercados saudáveis, a promoção da justiça distributiva e o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

Em síntese, a regulação desempenha um papel crucial na promoção do bem-estar social, econômico e ambiental. Ao compreender os conceitos, objetivos e importância da regulação, é possível desenvolver estratégias e políticas públicas mais eficazes, justas e sustentáveis.

Por conseguinte, no segundo capítulo, concluiu-se que a ordem econômica na Constituição de 1988 busca conciliar os interesses econômicos com os direitos e valores sociais. Os princípios e diretrizes estabelecidos nessa Constituição visam promover um ambiente econômico equilibrado, justo e sustentável.

Ao valorizar o trabalho humano, garantir a livre iniciativa, a livre concorrência e a função social da propriedade, a ordem econômica busca assegurar o desenvolvimento econômico e social do país. Além disso, a proteção ao consumidor e a defesa da concorrência contribuem para a promoção de um mercado mais justo e competitivo.

A ordem econômica na Constituição de 1988 está intrinsecamente ligada a outros aspectos do direito constitucional, como os direitos fundamentais e o direito administrativo. Essas áreas do direito se complementam e trabalham em conjunto para garantir a justiça social e o desenvolvimento econômico do Brasil.

Em suma, a ordem econômica é um elemento essencial para o funcionamento adequado da sociedade, estabelecendo as bases para a atividade econômica e promovendo a justiça e o bem-estar de todos os cidadãos brasileiros.

Já no terceiro capítulo, a conclusão foi no sentido de que as Concessões e PPPs são ferramentas valiosas para fornecer infraestruturas e serviços públicos. Elas permitem que o setor público e o setor privado trabalhem juntos de maneira eficiente e eficaz.

No entanto, é crucial que essas parcerias sejam planejadas e implementadas com cuidado, considerando os riscos envolvidos e garantindo que os benefícios sejam maximizados.

A estruturação de projetos para Concessões e PPPs, como visto, é um processo complexo que requer uma abordagem sistemática e uma estreita colaboração entre o setor público e o privado.

Tais ferramentas podem e devem ser utilizadas para diversos setores da infraestrutura nacional. Dentre eles, o setor do Saneamento Básico.

Nos capítulos quatro e cinco foi realizada uma digressão acerca da regulação do Saneamento no Brasil.

O saneamento no Brasil durante os primeiros séculos após a colonização era extremamente precário. As cidades careciam de infraestrutura adequada, com sistemas rudimentares de abastecimento de água em algumas localidades principais.

As condições sanitárias eram inadequadas, resultando em frequentes surtos de doenças transmitidas pela água, como cólera e febre amarela. A gestão dos

resíduos e o tratamento de esgoto eram praticamente inexistentes, refletindo os padrões da época e as limitações tecnológicas e de investimento.

Com o advento da República e o crescimento das cidades, surgiram preocupações mais sistemáticas com o saneamento. Algumas grandes cidades começaram a implementar sistemas mais modernos de abastecimento de água e coleta de esgoto.

No entanto, esses avanços eram limitados e concentrados principalmente nas áreas urbanas mais desenvolvidas, deixando grande parte da população sem acesso a serviços básicos de saneamento. Este período foi marcado por iniciativas pontuais e pela ausência de uma política nacional integrada para o setor.

Um marco significativo ocorreu em 1971 com a criação do PLANASA — Plano Nacional de Saneamento. Este plano estabeleceu metas e diretrizes para o setor, promovendo uma expansão considerável dos serviços de água e esgoto, principalmente nas áreas urbanas.

O PLANASA representou um esforço coordenado em nível nacional para melhorar as condições de saneamento no país. No entanto, a crise econômica da década de 1980 levou a uma redução nos investimentos, desacelerando o progresso alcançado na década anterior.

Com a extinção do PLANASA em 1992, criou-se um vácuo institucional no setor de saneamento. Este período foi marcado por desafios na gestão e no financiamento dos serviços de saneamento.

Um avanço significativo ocorreu em 2007 com a promulgação da Lei do Saneamento Básico (Lei 11.445/2007), que estabeleceu diretrizes nacionais para o setor. Esta lei buscou definir responsabilidades claras para os prestadores de serviços e o governo, visando a universalização do acesso aos serviços de água potável e saneamento.

Vale ressaltar que apesar dos esforços legislativos, o progresso na universalização dos serviços de saneamento continuou lento durante a década de 2010. Persistiram desafios como a falta de investimentos em infraestrutura e a gestão inadequada dos recursos hídricos.

Em resposta a essa situação, em 2020 foi aprovado o novo Marco Legal do Saneamento (Lei 14.026/2020). Esta legislação visa atrair investimentos privados, promover a concorrência no setor e acelerar a universalização dos serviços. O

Marco Legal estabeleceu metas ambiciosas para o fornecimento de água potável e a coleta e tratamento de esgoto, marcando uma nova fase na história do saneamento no Brasil, com o objetivo de superar décadas de atraso e proporcionar acesso universal aos serviços básicos de saneamento.

E, dentro desse contexto, pôde-se perceber ao longo do capítulo sexto, que tratou da Análise Econômica do Direito, que ela é uma ferramenta que tem grande capacidade de contribuir com essa construção dessa agenda, e que o novo marco teve certa inspiração em seus conceitos.

E se inspirou, seja através da sua visão conciliadora e interdisciplinar, conjugando conceitos econômicos e jurídicos, seja através das suas escolas e pensamentos, e aqui me refiro especificamente às escolas de New Haven e as escolas Institucionais bem como por meio das abordagens trazidas pelas vertentes positiva ou normativa.

No entanto, vale ressaltar que, por se tratar de um movimento oriundo de um país com tradições jurídicas significativamente distintas da realidade brasileira, sua aplicação deve levar em consideração as especificidades pátrias.

É importante trazer à baila a contribuição de Ronald Coase, que, em seu ensaio seminal de 1960, demonstra como é possível pensar os direitos de propriedade sob a ótica da economia. Coase argumenta que, na ausência de custos de transação, a distribuição inicial dos direitos de propriedade não importa.

Nesse cenário, com direitos de propriedade bem definidos e um mercado onde as trocas entre os agentes econômicos são livres, sem olvidar dos benefícios da regulação, a eficiência econômica será sempre alcançada. E nesse contexto, os custos de transação passam a desempenhar um papel relevante na avaliação das leis e políticas públicas.

Essencialmente, os custos de transação englobam todos os recursos necessários para que uma transação ocorra, incluindo tempo, esforço e despesas monetárias envolvidas na busca de informações, negociação, elaboração e execução de contratos. Além disso, podem incluir custos menos tangíveis, como o risco de comportamento oportunista de uma das partes envolvidas na transação.

A importância dos custos de transação na economia é significativa. Eles influenciam diretamente a eficiência dos mercados, a estrutura organizacional das empresas e a alocação de recursos na economia. Altos custos de transação podem

levar à ineficiência econômica, impedindo que transações mutuamente benéficas ocorram.

Por outro lado, a redução desses custos pode promover maior eficiência e crescimento econômico. O estudo dos custos de transação tem implicações importantes para a teoria da firma, a organização industrial, o desenho de políticas públicas e a compreensão do funcionamento dos mercados e instituições econômicas.

Portanto, as proposições legislativas e as políticas públicas devem, sempre que possível, reduzir os custos de transação. Naturalmente, devem ser buscadas também a maximização de maneira eficiente dos direitos, sempre objetivando criar a realidade jurídica a partir das ciências sociais, especificamente através da aplicação da teoria econômica à análise e evolução do direito.

E neste sentido, conforme visto no sétimo capítulo desta tese, o novo Marco Legal do Saneamento incorpora diversos princípios e conceitos da Análise Econômica do Direito, buscando criar um ambiente regulatório que promova eficiência econômica, reduza custos de transação e crie incentivos adequados para a melhoria dos serviços de saneamento no Brasil.

Isto porque, este marco legal não apenas visa modernizar o setor, mas também busca enfrentar desafios históricos que limitaram o acesso universal aos serviços, como a fragmentação regulatória e a falta de investimentos adequados.

A correlação entre o novo marco legal e a análise econômica do direito é fundamental para compreender as dinâmicas de mercado e as escolhas regulatórias que foram adotadas.

A análise econômica do direito oferece ferramentas para examinar como as regras jurídicas afetam incentivos, eficiência e alocação de recursos, aspectos cruciais para o desenvolvimento e operação eficaz dos serviços de saneamento básico.

De se dizer que o novo marco legal introduziu a obrigatoriedade de licitação para a concessão dos serviços, afastando contratos de programa sem competição prévia. Esse movimento não apenas busca garantir a eficiência na gestão, conceito central para AED, mas também promove a concorrência entre empresas públicas e privadas, o que pode resultar em melhores serviços e menores custos para os consumidores.

Na análise econômica do direito, a competição é vista como um mecanismo que induz a eficiência e a inovação, incentivando as empresas a buscar constantemente melhorias na prestação de serviços.

Além disso, o marco legal fortalece a segurança jurídica ao definir claramente as responsabilidades dos entes federativos e estabelecer normas de referência para a regulação do setor. Essas normas são cruciais para mitigar riscos e incertezas que poderiam desencorajar investimentos privados no setor de saneamento.

De se dizer que a padronização mínima dos contratos e as regras mais precisas sobre sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro buscam reduzir os custos de transação, um conceito fundamental na AED. Isso pode facilitar negociações e diminuir incertezas nas relações contratuais.

A exigência de sustentabilidade econômico-financeira nos contratos reflete a preocupação com a análise de custo-benefício, um método frequentemente utilizado na AED para avaliar políticas públicas.

A previsibilidade regulatória é um elemento essencial na análise econômica do direito, pois permite que investidores avaliem os riscos de maneira mais precisa e, conseqüentemente, estejam mais inclinados a investir em infraestrutura de longo prazo.

Outro aspecto relevante é a ênfase na regionalização dos serviços, incentivando a formação de blocos de municípios para a gestão compartilhada dos recursos hídricos e de esgoto. Essa abordagem busca superar as limitações impostas pela escala municipal na gestão dos serviços de saneamento, permitindo ganhos de eficiência e redução de custos operacionais.

É importante ter em mente que o Brasil é um país de dimensões continentais e com profundas desigualdades regionais. O déficit de saneamento não é homogêneo, concentrando-se em regiões específicas, municípios menores, áreas rurais e periferias das grandes cidades. Além disso, a população mais pobre, negra e indígena é a mais afetada pela falta de acesso aos serviços.

Para enfrentar essas desigualdades, é fundamental que a regionalização seja acompanhada por políticas públicas específicas e investimentos direcionados às regiões e populações mais vulneráveis. Caso contrário, corre-se o risco de perpetuar ou até agravar as disparidades existentes.

Vale ressaltar que as instâncias de governança regional desempenham um papel crucial nesse cenário, atuando como espaços de diálogo, planejamento integrado e tomada de decisões compartilhadas. No entanto, é fundamental garantir o equilíbrio de poder entre os entes federados, a participação efetiva da sociedade civil e a articulação com outras instâncias regionais relevantes.

Ademais, essas estruturas de governança devem ser transparentes, inclusivas e baseadas em princípios democráticos, garantindo a participação efetiva das comunidades locais e dos diversos atores envolvidos no setor. Essa abordagem participativa não apenas fortalece a legitimidade das ações implementadas, mas também promove a conscientização e a apropriação dos benefícios do saneamento básico pela população.

Para tanto é fundamental estabelecer mecanismos de monitoramento e avaliação contínua. Esses mecanismos devem acompanhar de perto o progresso em relação às metas estabelecidas, identificar gargalos e desafios, e propor ajustes e melhorias quando necessário.

Essa abordagem de monitoramento e avaliação contínua não apenas promove a transparência e a responsabilização, mas também permite a adaptação e o aprimoramento das políticas e ações implementadas, garantindo que os investimentos realizados sejam eficientes e eficazes.

Na análise econômica do direito, a gestão associada é vista como uma forma de promover a cooperação entre entes federativos, maximizando os benefícios econômicos e sociais de investimentos em infraestrutura.

Adicionalmente, o novo marco legal estabeleceu diretrizes claras para a revisão e atualização dos Planos de Saneamento Básico, estendendo os prazos de revisão e simplificando o processo para municípios menores.

Isso não apenas facilita a adequação dos planos às necessidades locais, mas também alinha os objetivos dos planos com os contratos de concessão, promovendo uma gestão mais integrada e eficiente.

Destaque-se ainda que a implementação plena do novo marco legal requer não apenas a adaptação das normas e regulamentos, mas também investimentos substanciais em infraestrutura e capacitação técnica.

A análise econômica do direito pode auxiliar na identificação de incentivos adequados para atrair investimentos privados, bem como na avaliação contínua dos impactos regulatórios sobre a eficiência e a equidade na prestação dos serviços.

Importa aduzir que o julgamento do STF sobre o Novo Marco Legal do Saneamento Básico tem o condão de representar um divisor de águas para o setor no Brasil. Após décadas de estagnação e déficits crônicos, a decisão da Corte Suprema remove entraves jurídicos e abre caminho para a modernização e expansão dos serviços de saneamento, possibilitando a atração de mais investimentos com uma maior segurança jurídica.

O Novo Marco Legal do Saneamento representa um passo significativo para o Brasil na jornada rumo à universalização do acesso aos serviços essenciais de água potável, esgotamento sanitário e gestão de resíduos sólidos. Seus benefícios abrangem diversos aspectos, desde a melhoria da saúde pública e a preservação do meio ambiente até o desenvolvimento econômico e a inclusão social.

Ao adotar princípios de eficiência, competição e segurança jurídica, alinhados com os princípios da análise econômica do direito, o país busca superar obstáculos históricos e promover um ambiente regulatório propício ao desenvolvimento sustentável do setor de saneamento básico.

No entanto, em que pese os indicativos de que os investimentos no setor estão numa tendência de alta após a publicação do novo marco, é fundamental reconhecer que a jornada está apenas começando.

Cabe a todos os atores envolvidos – autoridades, reguladores, empresas e sociedade civil – unirem esforços para garantir que o Novo Marco Legal do Saneamento Básico cumpra seu propósito de promover o desenvolvimento sustentável e a melhoria da qualidade de vida de milhões de brasileiros.

REFERÊNCIAS

ABCON SINDCON – ASSOCIAÇÃO E SINDICATO NACIONAL DAS CONCESSIONÁRIAS PRIVADAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO. **Panorama da participação privada no saneamento 2023: A década do saneamento**. São Paulo: Abcon/Sindcon, 2020. Disponível em: <https://abconsindcon.com.br/edicao-panorama/panorama-2023/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

ABCON SINDCON – ASSOCIAÇÃO E SINDICATO NACIONAL DAS CONCESSIONÁRIAS PRIVADAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO. **Iniciativa privada no saneamento cresce 203% em quatro anos**. Publicado em 2024. Disponível em: https://abconsindcon.com.br/iniciativa-privada-no-saneamento-cresce-203-em-quatro-anos/#:~:text=Em%202022%2C%20o%20investimento%20do,%24%2026%2C8%20bilh%C3%B5es.)). Acesso em: 20 ago. 2024.

AFONSO, Damares Lopes; ALMEIDA, Eduardo Simões de. **A Lei do saneamento básico e seu impacto nos índices de acesso aos serviços de saneamento básico**. Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, n. 56, p. 133-157, out./dez. 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10473/6/PPP_56_LeiSaneamento.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

ALBUQUERQUE, Romero Paes Barreto. **A Utilização de Big Data no Desenvolvimento de Projetos de Concessão no Âmbito da Administração Pública**. In: NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira; COCENTINO, Nathalia Nóbrega et al (Org). Direito Administrativo e Administração Pública Digital. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 87-107.

ALESINA, Alberto; OZLER, Sule; ROUBINE, Nouriel; SWAGEL, Philip. **Political Instability and Economic Growth**. Journal of Economic Growth, Boston, v. 1, n. 2, p. 189-211, 1996.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. t. 1. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1970. p. 183-186. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats.

ALMEIDA, Maria Antónia Pires de. **A epidemia de cólera de 1853-1856 na imprensa portuguesa**. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, v. 18, n. 4, p. 1057-1071, out./dez. 2011.

ALVAREZ, A. B. **Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações**. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul/dez 2006. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/287/260>. Acesso em: 20 jun. 2024.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e Jurisprudência**. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021. p. 33.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 29.

ARANHA, Márcio Iório. **Teoria jurídica da regulação: entre escolha pública e captura**. *Direito Público*, [S. l.], v. 16, 2019. p. 11-37.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 381.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho publico económico: modelo de estado, gestión publica, regulación económica**. 3. ed. Granada: Ed. Comares, 2004. p. 606.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin e LODGE, Martin. **Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice**. Oxford University Press. Second Edition. New York. 2012. Pág 476.

BARROSO, Luís Roberto. **A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out/dez. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 23-24.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018. p. 102-105.

BATISTA, Mônica. **Manual do Saneamento Básico: entendendo o saneamento básico ambiental no Brasil e sua importância socioeconômica**. São Paulo: Instituto Trata Brasil, 2012. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/09/manual-imprensa.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luís Paulo Baraúna. 3. ed. São Paulo: Editora Abril, 1989, 324 p. (Coleção Os Pensadores).

BNDES. **Estruturação de projetos**. Brasília: BNDES Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. [20--]. Site Institucional. Disponível em: <https://hubdeprojetos.bndes.gov.br/pt/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BNDES. **Hub de Projetos**. Brasília: BNDES Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. [20--]. Site Institucional. Disponível em: <https://hubdeprojetos.bndes.gov.br/pt/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 32.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ed Ícone, 2006. p. 33.

BOCORNÝ, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Editora SAFE, 2003. p. 41.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1991. p. 331-345.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1996. p. 41-42.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**: A Policy at War with Itself. New York: Basic Books, 1978.

BORMA, Vera De Simone; MARTINS, Flávia Burmeister; LOCH, Rogério; MARTINELLI, Ivonir Antonio. Contexto Histórico Brasileiro **Do Saneamento Básico: Planasa, Plansab, Pnsb E Lei Nº 14.026/2020**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 19., 2021, [S. l.]. **Anais [...]**. [S. l.]: Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas: Tribunal de Contas da União, 2021. Disponível em: <https://www.ibraop.org.br/xix-sinaop/wp-content/uploads/sites/2/2021/09/Desafio-1-C-ONTEXTO-HISTORICO-BRASILEIRO-DO-SANEAMENTO-BASICO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília: Presidência da República, 1967.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 1.068, de 2 de março de 1994**. Dispõe sobre a inclusão no Programa Nacional de Desestatização (PND das participações societárias minoritárias, detidas pelas entidades da Administração Federal que menciona e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1068.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.548, de 19 de junho de 1922**, autoriza o governo a promover o incremento e a defesa da produção nacional, agrícola e pastoril e das indústrias

anexas por meio de medidas de emergência e criação de institutos permanentes. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, n. 8, p. 12499, 24 jun. 1922. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4548-19-junho-1922-568457-republicacao-91801-pl.html>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em 15 mar. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 8865, 20 out. 1969.

BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8031.htm. Acesso em: 08 dez./2014.

BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm?origin=instituicao. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.842**. Relator: Min. Luis Fux, Redator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 06 mar. 2013, Plenário, Data de publicação: Dje nº 181 16 set. 2013. Brasil, 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241775/false>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5.993**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 25 abr. 2019. Plenário, Data de publicação: DJe nº 089 30 abr. 2019. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho971815/false>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.006**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 14 maio 2019. Plenário, Data de publicação: DJe nº 104 20 maio 2019. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho979158/false>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.536**. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 02 de. 2021. Plenário, Data de publicação: DJe nº 100, 24 maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351391741&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS) Conceitos, características e interfaces dos serviços públicos de saneamento básico**. Brasília: [s.n.], 2009. 193p. (Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos; v. 2).

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Panorama dos planos municipais de saneamento básico**. Brasília: Ministério das Cidades, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3lMgZnm>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma gerencial do Estado de 1995**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 7-26, 2000.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Modelos de Estado Desenvolvimentista**. Revista de Economia, Paraná, v. 40, n. 73, p. 231-256, 2019.

BUTLER, Henry Nodle. **The Manne Programs in Economics for Federal Judges, Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, v. 50, n. 2. 1999.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 147.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**. Yale Law Journal, Connecticut, v. 70, n. 4. 1961.

CÂMARA aprova PL do saneamento; destaques ficaram para próxima semana. **Agência CNM de notícias**. Brasília, 12 dez. 2019. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/camara-aprova-pl-do-saneamento-destaques-ficaram-para-proxima-semana>. Acesso em: 01 jul. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 1991. p. 49.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo e Administração Pública**. 21. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009. p. 226.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 288.

CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa. **O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) à Luz da Literatura Brasileira.** In: CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; SILVA, Mauro Santos. **Reformas do Estado no Brasil trajetórias, inovações e desafios.** Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA, 2020.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público.** Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1967. p. 202.

CHEW, Andrew. **Use of Unsolicited Proposals for New Projects: the Approaches in Australia.** European Procurement & Public Private Partnership Law Review, Berlim, v. 10, n. 1, p. 29-34, 2015. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26695036>. Acesso em: 29 dez. 2023.

COASE, Ronald Harry. **The Nature of the Firm.** Economica, Londres, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

COASE, Ronald Harry. **The Problem of Social Cost.** The Journal of Law and Economics, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro: Comentários à Lei n. 8.884/94.** São Paulo: Editora Saraiva, 1995. p. 5.

COLEMAN, Jules. **The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's 'The Economics of Justice'.** Stanford Law Review, Stanford, v. 34, n. 5, p. 1105-1131, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 40.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Indispensável Direito Econômico.** In: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 453-472.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia.** Traduzido por Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 79-81.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: **200 anos de Estado, 200 anos de Administração Pública, 200 anos de Reformas.** Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro. v. 42, n. 5, p. 829-874, set./out., 2008.

COSTA, Renato da Gama-Rosa; SANGLARD, Gisele. **Oswaldo Cruz e a Lei de Saúde Pública na França.** História, Ciências, Saúde – Manguinhos, v. 13, n. 2, p. 493-507, abr./jun. 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 409.

DALESCIO, Sérgio Thiago Moraes de Rezende; RECH, Ilírio José; GOMES, Ana Paula Ferreira; MACHADO, Lúcio de Souza. **Análise dos Indicadores Econômico-Financeiros das Empresas de Saneamento Frente ao Novo Marco Legal do Saneamento Básico e a Lei de Licitações**. In: USP INTERNATIONAL CONFERENCE IN ACCOUNTING, 22., 2022. São Paulo. Anais [...]. São Paulo: USP, 2022. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/22UspInternational/ArtigosDownload/3954.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

DAVIS, Morton D. **Game Theory: a nontechnical Introduction**. New York: Dover Publications, Inc. 1983. p. 58.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 540-541.

DOWNS, Anthony. **An Economic Theory of Political Action in a Democracy**. Journal of Political Economy, v. 65, n. 2, p. 135-150, 1957. p. 137.

DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. New York: Clarendon Press – Oxford, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Is wealth a value?**. The Journal of Legal Studies, Chicago, v. 9. 1980.

ENGLARD, Izhak. **Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort**. International Review of Law and Economics, [S. l.], v. 10, p. 173-191, 1990.

EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE. United Kingdom – England: **PPP Units and Related Institutional Framework**. [S. l.: European PPP Expertise Centre], 2012. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_uk_england_ppp_unit_and_related_institutional_framework_en.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE. **Role and use of advisers in preparing and implementing PPP projects**. [S. l.: European PPP Expertise Centre], 2014. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_role_and_use_of_advisers_en.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 60.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 34

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2001. p. 356.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 90.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 9. ed. São Paulo: Editora Manole, 2015.

FRISCHTAK, Cláudio R.; MOURÃO, João. **Uma Estimativa do Estoque de Capital de Infraestrutura no Brasil**. Brasília: IPEA, 2017. p. 25. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/180413_desafios_da_nacao_artigos_vol1_cap02.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

FRISCHTAK, Cláudio R. **O investimento em infraestrutura no Brasil: histórico recente e perspectivas**. Pesquisa e Planejamento Econômico, Brasília, v. 38, n. 2, 2008.

GALVAO JUNIOR, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. **Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil**. Revista Engenharia Sanitária e Ambiental, Rio de Janeiro, v. 14, p. 79-88, Mar. 2009.

GARCIA, Fernando. **Manual de economia política**. Prefácio de Vilfredo Pareto. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 13

GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. **A futura nova Lei de Licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, jan./mar. 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. **A participação do mercado na definição do objeto das parcerias público-privadas: o procedimento de manifestação de interesse**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 67-81, abr./jun. 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 575.

GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. **History of Law and Economics**. Germany: Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2014. (Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 2014/5).

GICO JUNIOR, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis Of Law Review, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794/2034>. Acesso em: 20 jun. 2024.

GIMENEZ, Denis Maracci; SABBATINI, Rodrigo. **Industrialização nacional e o protagonismo do Estado em dois tempos**. Texto para Discussão. Unicamp. IE, Campinas, n. 373, fev. 2020.

GOIÁS (Estado). Ministério Público do Estado. **A prestação de serviços públicos de saneamento básico: titularidade, arranjos interfederativos e contratações à luz do Novo Marco Legal do Saneamento Básico**. Goiás: MPGO, 2022.

Disponível em:

https://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2022/02/18/13_58_57_968_EBOOK_A_PRESTA_O_DE_SERVI_OS_DE_SANEAMENTO_B_SICO.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

GONÇALVES, Sergio Antônio. **A política pública de saneamento no Brasil: da Lei 11.445/2007 aos movimentos político-institucionais para sua revisão**. 2019. 102 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2019. p. 75. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/40168>. Acesso em: 05 jul. 2024.

GONDIM, Liliane Sonsol. **Limites à atuação das agências reguladoras em relação a saúde, ambiente e recursos hídricos**. In: PHILIPPI JR., Arlindo; GALVÃO JR., Alceu de Castro. (org.). **Gestão do saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. São Paulo: Editora Manole, 2012. p. 602.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 58.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 51.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; SAADI, Mário. **O procedimento de manifestação de interesse**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallback (Coords.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 153-176.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 71.

HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, Jhon. **Os Artigos Federalistas: 1787-1788**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1987. p. 97.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 62.

HAYEK, Friedrich August Von. **The use of Knowledge in Society**. The American Economic Review, Chicago, v. 35, n. 4, p. 519-530, 1945.

HOBSBAWM, Eric John Ernest. **A Revolução Francesa**. 7. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1996. p. 20-21.

HODGES, John T; DELLACHA, Georgina. **Unsolicited infrastructure proposals: how some countries introduce competition and transparency**. Gridlines Discusses, Washington, n. 19, mar. 2007. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/pt/publication/documents-reports/documentdetail/895161468313861433/unsolicited-infrastructure-proposals-how-some-countries-introduce-competition-and-transparency>. Acesso em: 29 dez. 2023.

IBGE. **Produto Interno Bruto - PIB**. [Rio de Janeiro: IBGE], [20--]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 01 jul. 2024.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Avanços do Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil – 2023 (SNIS 2021)**. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/avancos-do-novo-marco-legal-do-saneamento-basico-no-brasil-2023-snis-2021/> - Acesso em: 20 ago. 2024.

IRWIN, Timothy; KLEIN, Michel; PERRY, Guillermo; THOBANI, Mateen. **Dealing with Public Risk in Private Infrastructure: an overview**. Washington, DC: The World Bank, 1998. p. 1-19. (The World Bank Latin American and Caribbean Studies).

JOHNSON, Steven. **O mapa fantasma: como a luta de dois homens contra o cólera mudou o destino de nossas metrópoles**. Tradução, Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2008. p. 109-133.

JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples**. Revista Estudos Institucionais, v. 3, n. 01, 2017, p. 181-209.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 58-59.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. Pág 27.

KAPUCU, Naim. **New Public Management: Theory, Ideology, and Practice**. In: FARAZMAND, Ali; PINKOWSKI, Jack (ed.). **Handbook of Globalization, Governance, and Public Administration**. 1. ed. Reino Unido: Routledge, 2006. p. 885-896.

KAUFMAN, Bruce. **The institutional economics of John R Commons: complement and substitute for neoclassical economic theory**. Socio-Economic Review, Oxford, v. 5, n. 1, p. 3-45, jan. 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Recaséns Siches e Justino de Azcarate. Barcelona: Ed Bosch, 1934. p. 435.

KIRZNER, Israel Meir. **How Markets Work: disequilibrium, entrepreneurship and discovery**. London: The Institute of Economics Affairs. 1997. p. 47.

LEAL, Rubens Azzi. A higiene pública na antiga Roma. **Revista do Departamento de Águas e Esgotos**, São Paulo. 29. ed., p. 65-72, 1957.

LEITE, Carlos Henrique Pereira; MOITA, José Machado; BEZERRA, Ana Keuly Luz. **Novo marco legal do saneamento básico: alterações e perspectivas.** Engenharia Sanitaria e Ambiental, v. 27, n. 5, p. 1041-1047, set./out. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/esa/a/c9q3cL4bMT4L4KP7zCMxzCP/?format=pdf>. Acesso em: 04 jul. 2024.

LEONETI, Alexandre Bevilacqua; PRADO, Eliana Leão do; OLIVEIRA, Sonia Valle Walter Borges de. **Saneamento básico no Brasil: considerações sobre investimentos e sustentabilidade para o século XXI.** Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 331-48, mar./abr. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/KCkSKLRdQVCm5CwJLY5s9DS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 jun. 2024.

LIMA, Marcos Vinício Cavalcante. **Análise econômica do Direito: uma aproximação.** Alagoas: OAB, 2021. Disponível em: https://www.oab-al.org.br/app/uploads/2021/09/Ana_liseEcono_micadoDireito-Umaa_proximac_a_o.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

LOBO, Rodrigo Luiz Nascimento. **O saneamento básico no Brasil: um estudo sobre a distribuição de investimentos públicos federais nas cidades médias entre 2004 e 2013.** 2016. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://objdig.ufrj.br/42/teses/859334.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2024.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 401.

MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics.** Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishers, 2000.

MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems.** Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. p. 5.

MALTHUS, Thomas. **An Essay on the principle of population.** London. Eletric Book Co., 2001.

MANNE, Henry Girard. **How law and economics was marketed in a hostile world: a very personal history.** George Mason Law & Economics Research Paper, [S. l.], n. 06-49, p. 309-327. 2005.

MARION, José Carlos. **Análise das demonstrações contábeis: contabilidade empresarial.** São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 14.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-30, abr./jun. 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 86-100.

MAYS, Larry W. **Water distribution systems handbook**. New York: McGraw Hill Companies, 2000. p. 33.

MEDAUAR, Odete. **Serviços públicos e Serviços de Interesse Geral: Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**. In: SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASIL-ESPANHA, 2003, Rio de Janeiro. Anais [...] Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 118

MEILÁN GIL, José Luis. **La Cláusula de Progreso en los Servicios Públicos**. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. p. 11-12.

MEIRELLES, Dimária Silva e. **Teorias de mercado e regulação: por que os mercados e o governo falham?**. Cadernos EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 644-660, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 341.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 316.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 150-151.

MELO, Álisson José Maia. **Gestão associada para regulação do saneamento básico**. In: PHILIPPI JR., Arlindo; GALVÃO JR., Alceu de Castro. (org.). **Gestão do saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. São Paulo: Editora Manole, 2012. p. 689-717.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

METZLER, Edward L. **The growth and development of administrative law**. Marquette Law Review, Wisconsin, v.19, p. 225, 1935.

MICHELMAN, Frank. **A Comment on 'Some Uses and Abuses of Economics in Law**. The University of Chicago Law Review, Chicago, v. 46, nº 2. 1979, págs. 307-315

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL.
Disponível em:

https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos_PDF/panorama_pla_nos_municipais_de_saneamento_basico.pdf%20-%20Dados%20de%202017.

MIRANDA, Agélio Novaes de. **O direito fundamental ao saneamento básico e o novo marco legal do setor: arranjos jurídicos institucionais, federalismo de cooperação e a busca pela universalização dos serviços**. 2023. 153 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2022.

MISES, Ludwig von. **Ação Humana: um tratado de economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 38

MONCADA, Luís S Cabral de. **Direito Económico**. 5. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2007. p. 128.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência Concorrente Limitada. O Problema da Conceituação das Normas Gerais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 197.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: A Alternativa Participativa e Flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 132.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição para o Conceito de Constituição Econômica**. 2. ed. Coimbra: Editora Centelha, 1979. p. 42-46.

MOREIRA, Vital. **Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 227-248, jan./mar. 2003.

MURAMATSU, Roberta. **The death and resurrection of ‘economics with psychology’: remarks from a methodological standpoint**. Revista de Economia Política, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 62-81, jan./mar. 2009.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Objetivos Desenvolvimento Sustentável: 6 = Água potável e saneamento**. <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/6>. Acesso em: 02 fev. 2025.

NADALIN, Vanessa Gapriotti. **Situação do acesso aos serviços de saneamento no Brasil nos municípios que apresentam aglomerados subnormais**. Boletim regional, urbano e ambiental - IPEA, [Brasília], n. 27, jan./jun., 2022. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11620/7/BRUA_27_situacao.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

NAGIB, Silvia Kicis Pereira. **Regulação: teorias, instituições e desenhos**. 2013. 48 f., il. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/14361/1/2013_SilviaKicisPereiraNagib.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

NASCIMENTO, Carlo Bruno Lopes do. **Dificuldades de regulação econômica: uma leitura das teorias de regulação.** Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, Ano 1, n. 4, p. 191-238, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_0191_0238.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Contratos Incompletos e infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 18, p. 8-9, maio/jun./jul. 2009.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da Infraestrutura.** São Paulo. Quartier Latin, 2011. p. 55.

NORTH, Douglas Cecil. **Institutions, Institutional changes and Economic Performance.** New York: Cambridge Press University, 1990.

NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance.** New York: Cambridge University Press, 2003.

NEWTON, Scott. **The Dialectics of Law and Development.** In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. **The New Law and Economic Development.** New York: Cambridge Press University, 2006. p. 174-202.

NUNES, Bartira Tardelli; MACHADO FILHO, Manoel Renato. **Contratação de projetos de infraestrutura: o fundo federal de apoio às concessões e parcerias público-privadas de entes subnacionais.** In: SILVA, Mauro Santos et al (Org). **Concessões e Parcerias Público-Privadas: Políticas Públicas para Provisão de Infraestrutura.** Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2022. p. 206-235.

NUVOLARI, Ariovaldo. **Esgoto Sanitário: coleta, transporte, tratamento e reuso agrícola.** São Paulo: Ed. Bluncher, 2003. p. 17.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **Prestação de serviços públicos de saneamento básico, regulação e os impactos da pandemia da COVID-19.** Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n. 42, p. 197-213, set./dez. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo.** Editora Forense. 5ª Ed. Rio de Janeiro. 2017.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **O novo marco legal do saneamento básico: lei nº 14.026/ 2020.** Brasília: Conselho Federal da OAB, [2021]. Disponível em: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/cartilhasaneamento5.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2024

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis Report**. Paris: OECD Publishing, 1997. Disponível em <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2023.

PAC atendeu ‘uma Inglaterra’ com saneamento básico em oito anos. **Portal Saneamento Brasil**, São Paulo, 12 fev. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/36Rx8Ur>. Acesso em: 01 jul. 2024.

PAIM, Jairnilson Silva. **Universalidade, integralidade e equidade**. In: Rezende, Sonaly Cristina. (org.). *et al.* **Cadernos temáticos para o panorama do Saneamento Básico no Brasil**. Brasília. Ministério das Cidades: Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2014. v. 7, cap. 1, p. 29- 66. (Panorama do Saneamento Básico no Brasil, v. 7).

PATO, João Howell. **História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal**. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa: Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, 2011. p. 27.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 247-279, mar./abr. 2016.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Administração Pública Burocrática à Gerencial**. In: **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 237.

PEREIRA, Tatiana Santana Timóteo; HELLER, Léo. **Planos municipais de saneamento básico: avaliação de 18 casos brasileiros**. Revista Engenharia Sanitária e Ambiental, Rio de Janeiro, v. 20, p. 395-404, set. 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviços públicos**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 121.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 153.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. Pág 23.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. **Análise econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Um framework para Analisar Modelos de Estruturação de Projetos do Setor Público**. In: PINHEIRO, Armando Castelar et al. (org.). **Estruturação de projetos de PPP e Concessão no Brasil**: diagnósticos do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. São Paulo: International Finance Corporation, 2015. p. 35-56.

PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. **Accountability: já podemos traduzi-la para o português?**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, 2009. p. 1364.

PLASTINA, Ernesto Cavalcanti. *et al.* **Impressões Sobre As Principais Alterações Do Marco Legal De Saneamento**. Cad. Jur., Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 6-17, jun. 2022. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/22444/1/PRArt_Marco%20legal%20de%20saneamento_Cadernos%20Jur%C3%ADdicos_n2%2C%20v3.pdf. Acesso em: 01 jul. 2024.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed Martins Fontes, 2007. p. 485.

POSNER, Richard Allen. **Teories of Economic Regulation**. Bell Journal of Economics, New York, v. 5, n. 2, 1974. p. 336. Disponível em: https://econpapers.repec.org/article/rjebellje/v_3a5_3ay_3a1974_3ai_3aautumn_3ap_3a335-358.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

POSNER, Richard Allen. **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis By Guido Calabresi**. The Cambridge Law Journal, [United Kingdom], v. 2, n. 28, 1970. p. 636.

POSNER, Richard Allen. **The Economic Approach to Law**. Cheltenham: Texas Law Review, 1975. p. 758.

POSNER, Richard Allen. **The Economics of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1983.

POSNER, Richard Allen. **The Problems of Jurisprudence**. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

PURCINA, Kátia Mara Ribeiro de Castro. **Saneamento básico: o básico do saneamento**. Dissertação (Mestrado Profissional em Ensino em Ciências da Saúde e do Meio Ambiente) – Centro Universitário de Volta redonda– UniFOA, Volta redonda, RJ, 2019. p. 18.

RAMOS, Leticia Ayres; MARTINS, Flavia Burmeister. **Encontros e desencontros do saneamento básico no Brasil em uma visão conjunta com a implementação do ODS 6 da Agenda 2030 da ONU**. In: WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; GODINHO, Heloísa Helena Antonacio Monteiro; IOCKEN, Sabrina Nunes (coord.). **Políticas Públicas e os ODS da Agenda 2030**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 213 a 228.

REIS, F. W. Apresentação. In: DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 11-18.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. **Economia Comportamental e Direito: a racionalidade em mudança**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.8, n. 2, p. 457-472, 2018.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômicos e jurídicos**. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 117.

RIBEIRO, Rafael Borges; MIRANDA, Gilberto José; AZEVEDO, Ricardo Rocha de. **A baixa legitimização da qualificação econômico-financeira (QEF) percebida pelos stakeholders nas licitações públicas**. Advances in Scientific and Applied Accounting, São Paulo, p. 185-205, 2021.

RIBEIRO, Wladimir Antonio. **O Contrato de Programa** In: Carlos Roberto de Oliveira; Maria Luiza Machado Granziera. (Org.). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. 1ªed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, v. 1, p. 115-139.

RICARDO, David. **An Essay on the influence of a low Price of Corn on the Profits of Stock**. London. Jonh Murray, 1815. p. 1-17.

RIZZO, Mario Joseph; RAJAGOPALAN, Shruti. **Austrian Perspectives in Law and Economics**. In: PARISI, Francesco. **The Oxford Handbook of Law and Economics**. v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 268-287.

ROCHA, Tamires Schimeneck, SOARES, Marcos Vinícios Barros; EDLER, Marco Antonio Ribeiro. **Civilização Harapeana: Uma Breve Análise de Sua História, Arquitetura e Urbanismo**. In: XXVI SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO, 26., 2021, Rio Grande do Sul. Anais [...]. Cruz Alta/ RS: Unicruz, 2021. Disponível em: <https://revistaanais.unicruz.edu.br/index.php/inter/article/view/935>. Acesso em: 31 jan. 2024.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e Economia: Textos Escolhidos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito e Economia: micro, macro e desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita EVG, 2017. Livro eletrônico. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/. Acesso em: 20 jun. 2024.

SALGADO, Lucia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. Brasília, DF: IPEA, 2003. 52 p. (Texto para discussão, n. 941).

SAMUELSON, Paul A. **The pure theory of public expenditure**. The Review of Economics and Statistics, New York, v. 36, n. 4, p. 387, 1954.

SANTANA, Paulo Victor Pinheiro de. **Análise econômica do direito brasileiro: limites e possibilidades**. Lex Humana, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, jun. 2014. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/548/309>. Acesso em: 20 jun. 2024.

SANTOS, Volnei Moreira dos. **A Lei do Pregão no Município: uma visão prática e operacional**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008. p. 10.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 32.

SCARATTI, D.; MICHELON, W.; SCARATTI, G. **Avaliação da eficiência da gestão dos serviços municipais de abastecimento de água e esgotamento sanitário utilizando Data Envelopment Analysis**. Revista Engenharia Sanitária e Ambiental, Rio de Janeiro, v. 18, p. 333-340, dez. 2013.

SCHRICKEL, Wolfgang Kurt. **Análise de Crédito: Concessão e Gerência de Empréstimos**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 70.

SILVA, Josivaldo Alves; SERPA, Samanda Araújo; LEAL, Viviane Araújo. **A relação do aumento de casos do novo Coronavírus com a falta de Políticas Públicas de saneamento básico nas capitais das regiões Sul e Norte do Brasil**. Research, Society and Development, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 1-20, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 788.

SION, Alexandre Oheb. **Necessidade de investimentos em infraestrutura para universalização do saneamento básico no combate a pandemias: uma análise do enfrentamento à COVID-19 à luz do novo marco legal do saneamento básico**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 111-141, 2020. p. 135. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/12>. Acesso em: 01 jul. 2024.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO – SNIS. **Base de Dados SNIS Séries Históricas**. Site institucional, 2024. Disponível em: <http://app4.mdr.gov.br/serieHistorica/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. **Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2020. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-04/cartilha_reforma_saneamento_digital.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

SMITH, Adam. **Wealth of Nations**. United Kingdom: Oxford University Press, 2008. p. 16.

SOUSA, Ana Cristina Augusto de; COSTA, Nilson do Rosário. **Incerteza e dissenso: os limites institucionais da política de saneamento brasileira**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 47, p. 587- 599, jun. 2013.

SOUZA, Juliana Santos Alves de; TAVARES, Érica. **Histórico do saneamento no Brasil e sua relação com as questões ambientais e urbanas**. In: SEMINÁRIO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL, 22., 2021. Rio de Janeiro. Anais [...]. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes, 2021. Disponível em: <https://seminariodeintegracao.ucam-campos.br/wp-content/uploads/2022/04/HISTORICO-DO-SANEAMENTO.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

STIGLER, George Joseph. **Teoria da Regulação Econômica**. In: MATTOS, Paulo (org.). **Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 13-49.

STIGLER, George Joseph. **The Theory of Economic Regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, New York, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 41-54.

STRINGHAM, Edward. **Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning**. The Quarterly Journal of Austrian Economics, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 41-50. 2001.

TABAK, Benjamin Miranda. **A Análise Econômica do Direito Proposições legislativas e políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 52 n. 205 jan./mar. 2015. p. 323. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 81.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora, 2003.

TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. **A análise econômica do direito na axiologia constitucional**. Revista do BNDES, [Brasília], n. 42, dez. 2014. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/2/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

TEIXEIRA, Phelipe Austríaco. **A lei do saneamento (lei nº 11.445): reflexões sobre sua efetividade e contribuição para o direito à saúde**. 2018. 50 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Faculdade Nacional de Direito,

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6104/1/PATeixeira.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2024.

TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUROLLA, Frederico Araújo e OHIRA, Thelma Harumi. **A Economia do Saneamento Básico**. In: CICLO DE DEBATES DO GRUPO DE ESTUDOS EM ECONOMIA INDUSTRIAL, TECNOLOGIA E TRABALHO, 3., 2005, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005. Disponível em: https://www5.pucsp.br/eitt/noticias/ciclo_debate_eco_iii.html. Acesso em: 15 jul. 2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Progress on household drinking water, sanitation and hygiene 2000-2017: Special focus on inequalities**. New York: World Health Organization. 2019. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789241516235>. Acesso em: 31 jan. 2024.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). **Legislative guide on privately financed infrastructure projects**. New York: United Nations, 2001. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/pfip-e.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2023.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de e GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos da Economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21

VENSON, A. H.; RODRIGUES, K. C. T. T.; CAMARA, M. R. G. **Distribuição espacial do acesso aos serviços de saneamento básico nas microrregiões brasileiras de 2006 a 2013**. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS REGIONAIS E URBANOS, 13., 2015, Curitiba, Paraná. Anais [...]. São Paulo: Aber; UFPR, 2015.

VERAS, Vinícius Périssé Maia; ARAUJO, Valter Shuenquener de. **A Lei da Liberdade Econômica e os novos paradigmas da intervenção do Estado**. Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance. n. 16. ano 5. p. 59-82. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021. Disponível em: <http://revistasdostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-3126> – Acesso em: 10.10.2023.

VILARINHO, Cíntia Maria Ribeiro; COUTO, Eduardo de Aguiar do. **Saneamento Básico e Regulação No Brasil: desvendando o passado para moldar o futuro**. Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 233-257, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/195980>. Acesso em: 01 jul. 2024.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 8, 1974. p. 29.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora UNB, 2000. p. 209-227.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Barbosa. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1999. v. 2, p. 264.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José Cavalleiro de Macedo. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1994. p. 299-312.

WILLIAMSON, Oliver. **Economic Organization: firms, markets and policy control**. New York: New York University Press, 1986.

WORLD BANK GROUP. **Policy Guidelines for Managing Unsolicited Proposals in Infrastructure Projects: Guidelines For The Development Of A Policy For Managing Unsolicited Proposals In Infrastructure Projects**. v. 2. [S. l.]: World Bank Group; [S. l.]: PPIAF, 2018. p. 5-8.

ZVEIBIL, Victor Zular. **Saneamento Básico: novas oportunidades para os municípios**. Revista de Administração Municipal, Rio de Janeiro, v. 53, p. 5-14, jan./fev. 2008.