

A desverticalização nos serviços públicos de água e esgoto

The unbundling of the public services of water and sewage

Submetido(submitted): 20 June 2022

Parecer(reviewed): 5 October 2022

Revisado(revised): 23 January 2023

Aceito(accepted): 28 January 2023

Marcos Pinto Correia Gomes*

<https://orcid.org/0000-0002-0819-0537>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] *In the last years, new models have been observed to organize the provision of water and sewage services in Brazil.*

[Methodology/approach/design] *This study covers, from a legal perspective, recent experiences that have promoted the division of the supply chain for water treatment and distribution, and also for sanitary sewage, with the objective of assigning each of the stages to a specific provider.*

[Findings] *It is, therefore, the so-called unbundling, a phenomenon that has already been seen in other public utilities such as telecommunication and electricity, but which presents different contours in sanitation, requiring its own analysis of the regulation and contracts necessary to regulate this option.*

Keywords: *Sanitation. Water supply and sewage services. Unbundling. Regulation and Contracts.*

Resumo

[Propósito] Nos últimos anos, observam-se novos modelos para organizar a prestação dos serviços públicos de água e esgoto no Brasil.

[Metodologia/abordagem/design] O presente estudo aborda, pelo viés jurídico, as experiências recentes que promoveram a divisão da cadeia produtiva para tratamento e distribuição da água e para o esgotamento sanitário, com o objetivo de atribuir cada uma das etapas a um prestador específico.

[Resultados] Trata-se, portanto, da chamada desverticalização, fenômeno já verificado em outros serviços públicos como telecomunicações e energia elétrica, mas que apresenta

* Advogado e Mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Graduado em Direito pela UERJ e Mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Foi Procurador Adjunto Administrativo no Município de Petrópolis, Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, Patrimônio, Meio Ambiente e Urbanismo do Município de Nova Iguaçu, Assessor Jurídico no Município de Angra dos Reis e no Município de Belford Roxo, Assessor de Conselheira da AGETRANSP (RJ) e Assessor do Diretor Jurídico da CEDAE. Ministrou disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Urbanístico em instituições como o IBMEC, UNIGRANRIO, Cândido Mendes e Fundação Getúlio Vargas. Endereço: Rua São José 20/1201, Centro, Rio de Janeiro/RJ. E-mail: marcoscorreia.gomes@yahoo.com.br.

contornos diferentes no saneamento básico, razão pela qual demanda análise própria sobre a regulação e os contratos necessários para disciplinar esta opção.

Palavras-chave: Saneamento Básico. Serviços de Água e Esgoto. Desverticalização. Regulação e Contratos.

INTRODUÇÃO

Suscetíveis a fatores políticos, sociais, econômicos e ainda ao desenvolvimento tecnológico, os serviços públicos vivem permanentes mudanças sob a influência dos momentos históricos e das diferentes condições geográficas.¹ Não é diferente com o saneamento básico.

Neste artigo, será tratada situação relativamente nova no setor e que teve impulso mais forte com a promulgação da Lei Federal nº 11.445/2007 (“Marco Legal do Saneamento Básico”): a divisão das etapas que integram a distribuição de água e o esgotamento sanitário com o propósito de atribuir o exercício de cada parcela a agente específico. Diante desta opção, haverá dois ou mais prestadores que atuarão de forma complementar para prover o atendimento ao usuário final. As alterações promovidas pela Lei Federal nº 14.026/2020 projetam novos cenários nessa direção, como será abordado mais adiante.

Fragmentação semelhante já ocorreu em outros serviços públicos, como nos setores de telecomunicações e de energia elétrica, tendo se consagrado no Brasil a expressão “desintegração vertical” ou simplesmente “desverticalização” para lidar com esse modo de organizar os meios de produção daquelas atividades.

Embora não haja a expectativa de a desverticalização se difundir, nos serviços de água e esgoto, com a mesma intensidade verificada na geração, transmissão e distribuição da energia elétrica,² as experiências em curso no Brasil já se contam na casa das dezenas. Entretanto, não são usuais estudos de caso ou análises teóricas sobre o tema, que possui peculiaridades sob os prismas institucional, operacional, econômico e jurídico.

¹ A variação das atividades prestacionais do Estado ao longo do tempo – quadro mais amplo, mas que também abrange os serviços públicos - é tratada por Alexandre dos Santos Aragão em **Direito dos Serviços Públicos** (Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25 a 74). Caio Tácito traça um painel sobre a história do serviço público no Brasil no artigo **O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro** (Revista de Direito Administrativo nº 242, p. 109-118). A esse respeito ainda, cite-se o artigo de Almiro do Couto e Silva **Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira** (Revista de Direito Administrativo nº 230, p. 45-74).

² Os motivos para esta afirmação serão expostos ao longo do artigo.

Uma vez que a solução tem sido adotada por Municípios e Regiões Metropolitanas, é essencial suprir a lacuna acima apontada. Certamente, a melhor compreensão acerca das condições necessárias para desverticalizar os serviços públicos de água e esgoto - aliada ao conhecimento das principais consequências que decorrem dessa estratégia - permitirá avaliar vantagens e desvantagens da opção para cada realidade local.

A partir das necessárias reflexões teóricas e práticas, será dado aprimorar as situações correntes, bem como orientar as futuras escolhas sobre os melhores modelos, mediante o debate que deverá ocorrer entre titulares, reguladores, operadores e usuários.

O objetivo deste artigo é expor o panorama sobre as principais alternativas para a desverticalização dos serviços públicos de água e esgoto no país, destacando as respectivas condições e as características centrais das opções existentes, sob o viés jurídico.

Para tanto, serão apresentados, de forma breve, os fenômenos da verticalização e da desverticalização nos serviços públicos, passando-se em seguida a tratar da desintegração vertical dos serviços de água e esgoto no Brasil, com análise sintética das principais variáveis encontradas e das normas legais aplicáveis.

I. VERTICALIZAÇÃO, DESVERTICALIZAÇÃO E SERVIÇOS PÚBLICOS

É oportuno voltar rapidamente no tempo e também mirar experiências estrangeiras para entender melhor o que será aqui chamado de desintegração vertical ou desverticalização no serviço público. Na realidade, é conveniente até mesmo sair da seara do Direito Público, a fim de buscar a origem dessas expressões que servem para designar modelos organizacionais para atividades econômicas produtivas. Evitando-se maiores digressões históricas, esse retorno ao passado há de ser limitado à industrialização da Era Moderna para avançar, em seguida, aos dias atuais.

A reunião de todas as etapas necessárias à produção de bem ou serviço em torno de um único agente foi, na realidade, fenômeno destacado inicialmente no setor privado dos países pioneiros na Revolução Industrial, sendo usualmente denominada como integração vertical ou simplesmente verticalização dos meios de produção.

Para fins deste artigo, por verticalização deve-se entender a concentração, sob a mesma administração empresarial, das várias fases de produção voltadas à realização de certa atividade econômica. Nas palavras de Michael E. Porter (2021, p. 339), “a integração vertical é a combinação de

processos de produção, distribuição, vendas e/ou outros processos econômicos tecnologicamente distintos dentro das fronteiras de uma mesma empresa”.

Esse paradigma empresarial não estava na gênese da Revolução Industrial e se constituiu gradualmente.³ Sua consagração como modelo vitorioso se deu na primeira metade do século XX, reforçado pelo êxito que o fordismo obteve na indústria automobilística.

Além de aprofundar traços do taylorismo na organização da mão de obra voltada para a produção, com destaque para a linha de montagem, o fordismo apresentou outro grande diferencial diretamente relacionado à administração fabril: a decisão de incorporar (praticamente) todo o processo produtivo – e até de distribuição do bem – dentro da gestão da empresa.⁴ Com a verticalização dos meios de produção (mas não exclusivamente por causa dela), alcançou melhores resultados na padronização dos insumos e dos bens produzidos, maior previsibilidade sobre o tempo e sobre os custos de fabricação, sem contar que, no balanço geral, a internalização de várias atividades potencializava a obtenção de vantagens econômicas, entre outras coisas, por diminuir os custos de transação.⁵

³ Na obra **A Era das Revoluções**, Eric Hobsbawm registra que o grosso da expansão do período inicial da industrialização se deu não por fábricas, mas sim pelo “chamado sistema “doméstico”, no qual “os trabalhadores – em alguns casos antigos artesãos independentes, em outros antigos camponeses com tempo de sobra nas estações estereis do ano – trabalhavam a matéria-prima em suas próprias casas, com ferramentas próprias ou alugadas, recebendo-a e entregando-a de volta aos mercadores que estavam a caminho de se tornarem patrões” (São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 62).

⁴ Na síntese de Manuel Castels, “o modelo de produção em massa fundamentou-se em ganhos de produtividade obtidos por economias de escala em um processo mecanizado de produção padronizada com base em linhas de montagem, sob as condições de controle de um grande mercado por uma *forma organizacional específica: a grande empresa estruturada nos princípios de integração vertical e na divisão social e técnica institucionalizada de trabalho*. Esses princípios estavam inseridos nos métodos de administração conhecidos como “taylorismo” e “organização científica do trabalho”, adotados tanto por Henry Ford quanto por Lenin” (**A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 219). Cumpre destacar que este artigo aborda apenas algumas das faces do fordismo, existindo visões sobre esse paradigma que vão muito além da organização dos meios de produção, como pode ser descortinado nas valiosas análises de David Harvey, in **A Condição Pós-Moderna** (São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 121 a 134).

⁵ Tratando ainda da integração vertical, sem fazer alusão específica ao fordismo, Michael E. Porter enumera uma série de vantagens que, a depender do setor, poderão decorrer daquela congregação das etapas da cadeia produtiva, tais como: economia (ou contenção de custos) nas áreas conjuntas de controle, compras, vendas, produções e outras; aumento do poder de negociação com fornecedores e credores; aprofundamento da tecnologia; compensações internas com os custos dos insumos; redução de incertezas sobre a oferta e a demanda (diminuindo as perturbações e arbitrariedades do mercado); aumento do retorno global dos investimentos; maior capacidade de diferenciação sobre o produto

Ampliar o controle direto sobre a cadeia produtiva difundiu-se como rumo a ser seguido pelas empresas, ainda que poucas tenham chegado ao ápice dessa integração, que exigia grande porte empresarial, forte burocracia, complexas soluções logísticas e maior capacidade de investimentos. O setor de petróleo talvez tenha sido o grande exemplo dessa lógica e não à toa nele se difundiu o célebre *slogan* “do poço ao posto”, a indicar a tendência à verticalização integral do setor para a produção de seu produto principal, o combustível para motores.

Com razões e nuances próprias, a prestação de serviço público já costumava observar a unidade das tarefas em torno de um mesmo agente, situação vista no Brasil, por exemplo, em experiências do Segundo Reinado e também no início da República, período em que prosperaram importantes concessões.⁶

É usual e apropriado associar esse modelo organizacional à filiação à teoria então em voga no Direito Público de alguns países, notadamente na França e naqueles mais diretamente influenciados pelos publicistas franceses. Apesar da expressiva divergência sobre o que deveria ser classificado como

final, ao menos comparada com as formas preexistentes de adquirir um insumo pronto sem grande margem para interferir em suas características. Por outro lado, a integração vertical não raro ocasiona os seguintes obstáculos ou desvantagens: maior alavancagem operacional (elevando os custos fixos e a assunção de riscos sobre toda a cadeia produtiva); intensa mobilização de recursos para investimentos de capital, inclusive para arcar com os custos de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; desincentivo à melhoria da cadeia produtiva por causa da “venda cativa” que é processada entre os diferentes setores da mesma empresa; demanda por gerências sobre distintas operações e barreiras para entradas de novos competidores (*in Estratégia Competitiva - Técnicas Para Análise de Indústrias e da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2021, pag. 341 a 359). Por isso, o Autor destaca que é sempre oportuno confrontar os benefícios econômicos e administrativos dessa integração com os custos econômicos e administrativos (*in op. cit*, p. 340). A análise sobre a internalização de atividades é tratada também na obra **The Firm, the Market and the Law** (COASE, Ronald Harry. Chicago: The University of Chicago Press, 2017).

⁶ Não é demais lembrar que algumas das empresas de Irineu dos Santos Evangelista, mais conhecido como Barão de Mauá, eram voltadas para explorar concessões emblemáticas, como os serviços de iluminação a gás e transporte por bondes, ambos na Cidade do Rio de Janeiro, bem como diferentes ferrovias e hidrovias pelo país durante o Segundo Reinado. Há, claro, outros exemplos de concessionárias - não capitaneados pelo primeiro grande industrial brasileiro - com papel expressivo na História do Brasil, como a Companhia Docas de Santos (fundada em 1890) e a São Paulo Tramway, Light and Power Company (fundada em 1889 para operar bondes e também a geração e distribuição de energia elétrica); esta última é a empresa seminal do grupo empresarial que seria popularmente conhecido como Light, responsável por várias autorizações/concessões para produção de energia elétrica, bem como pela distribuição da energia no Rio de Janeiro (pela Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Company, fundada em 1905), estendendo-se mais tarde para o campo da telefonia (inicialmente pela Rio de Janeiro and São Paulo Telephone Company, em 1916).

serviço público, foi ideia corrente neste círculo que o agente estatal seria o único legitimado a desempenhar as atividades detentoras daquele rótulo, assistindo-lhe a alternativa de outorgá-las a operador que atuasse sob rígido controle estatal e submetido aos desígnios das autoridades públicas (ARAGÃO, 2007).

Dentro dessa linha de pensamento, era usual concluir que a prestação deveria ser organizada em regime de monopólio – observando regime jurídico próprio e fora da lógica de mercado –, para não comprometer o interesse público.⁷ Sob esse prisma, a solução de ter um único prestador responsável por toda a cadeia produtiva soava forçosa.

No caso brasileiro também é inevitável constatar que a unidade do prestador era uma sequência natural em relação ao próprio modo português de organizar a produção de bens e serviços em nosso período colonial. Não foi raro atribuir-se o regime monopolista, em favor da Coroa Portuguesa, a setores da economia produtiva considerados estratégicos, admitida, em regra, a delegação a terceiro escolhido pelo Rei (FAORO, 2000).

A unidade da prestação do serviço público personificada muitas vezes pelas concessionárias entre os anos de 1850 e 1929, mudaria a partir da Era Vargas quanto ao seguinte aspecto: em vez de concessões, passou a ser corporificada mais frequentemente por autarquias ou empresas estatais. Dentro do viés estatizante que marcou esse período compreendido entre os anos 1930 e o final dos anos 1980, muitas entidades estatais receberam por lei (ou instrumento equivalente à época) a incumbência de exercer atividade considerada de interesse público. Esse movimento, portanto, fluiu pelas raias do instituto atualmente denominado “descentralização administrativa”.⁸ Não se alteraram, porém, a tendência ao monopólio e a unidade na execução.

⁷ Como observa Floriano de Azevedo Marques Neto, fixada a classificação como serviço público, “sua exploração tornava-se uma *res extra commercio*, uma atividade imune à exploração econômica”, por motivos ideológicos, políticos e econômicos (in **A Nova Regulação do Serviço Público** (Revista de Direito Administrativo nº 228, p. 21).

⁸ No artigo **Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira?**, Almiro do Couto e Silva destaca que, em verdade, o emprego da descentralização administrativa na esfera da União foi iniciado ainda na década de 20, tendo recebido “notável incremento” a partir da Revolução de 1930, momento em que se dirigiu também para os serviços de caráter comercial e industrial que o Estado brasileiro passava a assumir. Ainda segundo o jurista pátrio, após a Segunda Guerra Mundial, esse processo intensificou-se, desta feita sendo mais frequente a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista para lidar com os serviços públicos passíveis de exploração econômica (Revista de Direito Administrativo nº 230, p. 45 a 74). A esse propósito, interessante citar as lições de Marçal Justen Filho que apresentam as principais diferenças entre a descentralização administrativa para serviços públicos e a concessão de serviços públicos na obra **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público** (São Paulo: Dialética, 2003, p. 119 a 121).

Não se pode perder de vista que o contexto de época alimentava o curso da estatização, devido à crise aguda no capitalismo marcada pelo *Crash* da Bolsa de Nova York em 1929 – a pôr em xeque o liberalismo e retirar o fôlego da iniciativa privada. Além disso, nos países de baixa ou nenhuma industrialização, ganhou espaço a visão econômica de que o Estado deveria se mobilizar para promover diretamente a infraestrutura e até mesmo o florescimento das indústrias de base.⁹

Pelo escopo deste artigo, convém frisar que a entidade estatal criada para prover o serviço público costumava concentrar todas as atividades necessárias à execução daquela tarefa e, na grande maioria dos casos, atuava em regime de monopólio. Provavelmente, já seria determinante para essa linha o próprio histórico do serviço público no território brasileiro, mas o poder demonstrado pelas grandes empresas privadas verticalizadas pelo Mundo certamente reforçava o quadro.

Em certas situações, houve, sim, o desmembramento de algumas tarefas complementares atribuídas a empresas controladas (subsidiárias). No entanto, esta era apenas uma variação dentro do mesmo modelo, pois, ao fim e ao cabo, tudo estava reunido em torno do mesmo grupo empresarial, como nos casos da Eletrobras e da Telebras, com destaque para o período compreendido entre os anos 1960 e 1980.

Sob as premissas centrais de reduzir o endividamento do Estado brasileiro e de atrair agentes privados para impulsionar o crescimento econômico, nas duas últimas décadas do século XX teve início no Brasil o movimento de desestatização. Nesta abordagem sumária, a desestatização há de ser entendida como a redução da presença direta do Estado nas atividades econômicas, expressão aqui tomada em seu sentido amplo, a congregar os setores tipicamente privados (como mineração e siderurgia) e também os serviços públicos.¹⁰

⁹ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro – Vol. 2**. São Paulo: Globo, 2000, p. 337 a 356. O paradigma predominante na maior parte do século XX para os serviços públicos evidentemente repercutiu a mudança da visão predominantemente liberal para a compreensão do papel do Estado provedor, não só como garantidor do mínimo existencial, mas também como agente promotor do desenvolvimento econômico, até mesmo potencializar o regime capitalista, como observa Eros Roberto Grau na obra **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13 a 30.).

¹⁰ Marcos Juruena Villela Souto analisa a desestatização iniciada no final do século passado na obra **Direito Administrativo da Economia** (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 142 a 146). O autor indica como principais objetivos daquela política econômica: (i) reordenar a intervenção do Estado na economia; (ii) concentrar esforços em áreas e setores em que seja fundamental a presença do Estado; (iii) reduzir ou melhorar o perfil da dívida pública; (iv) ampliar os investimentos da iniciativa privada; (v) contribuir para

Nesse novo ciclo, ganhou largo espaço a concessão de serviço público, notadamente a partir da promulgação da Lei Federal nº 8.987/95. Frise-se, a delegação contratual de serviço público para empresas privadas diminuíra sua presença em solo brasileiro nas décadas centrais do século XX, mas nunca deixou de existir por completo, sendo inclusive expressamente mencionada nas sucessivas Constituições Federais do período.

Como não se muda a realidade apenas mediante lei, pesaram também a reorganização da economia brasileira (com destaque para a estabilidade monetária e dos novos sistemas de financiamento para investimentos de interesse público), bem como os novos arranjos institucionais (leis e regulações especializadas, criação de agências reguladoras etc.).

Dentre as muitas alterações verificadas nessa inflexão, ao presente artigo importa destacar a abertura do caminho para submeter o serviço público ao regime concorrencial – quando indefensável o monopólio natural – e, sobretudo, à chamada desintegração vertical (desverticalização).

A desverticalização, claro, representa o movimento inverso à verticalização, ou seja, pode ser entendida como a fragmentação das etapas de uma cadeia produtiva, com o objetivo de atribuí-las, quando factível, a diferentes agentes, que atuarão de forma coordenada para assegurar a produção final.¹¹

Para tanto, é primordial manter a forte e constante inter-relação entre os membros que integram o sistema e certa padronização em procedimentos-chave, mas cada ator do processo produtivo age com relativa autonomia, inexistindo subordinação geral a comando único.

O meio empresarial não apresentou à verticalização ao serviço público brasileiro, mas foi do universo corporativo que partiu a inspiração para a desverticalização naquele ramo.

o fortalecimento do mercado de capitais (p. 148 a 151). Como bem registra Almiro do Couto Silva, as privatizações (mais especificamente a venda do controle societário das estatais ao setor privado) começaram a se materializar ainda nos anos oitenta do século XX (*in Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira?*, publicado na Revista de Direito Administrativo nº 230, p. 45 a 74). As concessões propriamente ditas levaram uns anos mais para ganharem forma.

¹¹ Referindo-se ao uso do termo no meio empresarial, João Amato Neto esclarece que “o termo desintegração vertical refere-se, naturalmente, ao movimento de redução do tamanho da cadeia de atividades de uma dada empresa, tanto no nível administrativo (redução do número dos níveis hierárquicos de uma dada estrutura organizacional) como também no nível da produção, por meio da redução e/ou eliminação de alguns processos, de seções produtivas ou de apoio à produção, ou, simplesmente, eliminação de alguns postos de trabalho” *in Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação*. RAE-Revista de Administração de Empresas, v. 35, n. 2, mar-abr, p.33-42, 1995.

Na segunda metade do século XX, difundiu-se o largo emprego da terceirização e do trabalho em rede, vistas como algumas das principais medidas que levaram ao sucesso do modelo japonês de industrialização do pós-guerra. A “produção flexível” (usualmente identificada pela metonímia “toyotismo”) se contrapôs ao ideal de gestão verticalizada, a qual já não produzia os mesmos ganhos de outras épocas.¹²

Esse outro modelo de organização dos meios de produção permitia alcançar, a um só tempo, estrutura empresarial mais enxuta (sobretudo na gestão burocrática), a maior especialização na gestão dos processos (pela redução do número de atos reunidos na empresa), o aprimoramento técnico e maior controle de qualidade dentro de cada etapa; além disso, os riscos e os montantes de investimentos ficavam diluídos por diferentes agentes.¹³ Para fora da empresa, propiciava-se dinamismo econômico (oportunidades para novas empresas), mitigando os riscos de oligopólios ou monopólios, e fomentava-se maior avanço técnico e tecnológico. É exatamente essa externalidade positiva – a promoção do regime concorrencial – que será a chave para sua adoção no serviço público.

Dentro do recorte histórico deste artigo, é usual associar os primórdios da desverticalização no seio das atividades estatais ao processo de desestatização do Reino Unido iniciado no final dos anos 70 do século XX. (GROTT, 2017) Com os matizes próprios de sua História, e sem influências

¹² Novamente recorrendo a Manuel Castels, “o que é importante nesse modelo é a desintegração vertical da produção em uma rede de empresas, processo que substitui a integração vertical de departamentos dentro da mesma estrutura empresarial. A rede permite maior diferenciação dos componentes de trabalho e capital da unidade de produção. Também é provável que gere maiores incentivos e mais responsabilidade, sem necessariamente alterar o padrão de concentração do poder industrial e da inovação tecnológica” (in **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 223). Vale advertir aqui que o toyotismo ou, mais amplamente, a produção flexível permite abordagens diversas e que alcançam vários outros aspectos como registra o próprio CASTELS e também David Harvey in **A Condição Pós-Moderna** (São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 136 a 176). Não é raro encontrar na literatura especializada a observação que a própria Ford, berço do fordismo, teria sido, tempos depois, uma das pioneiras a praticar intensamente a terceirização (*outsourcing*), como forma de buscar uma produção mais flexível.

¹³ WOMACK, James P., JONES, Daniel T. e ROOS, Daniel. **The Machine That Changed the World**, New York: Free Press, p. 57 a 62. Segundo João Amato Neto, “A empresa moderna deveria, assim, “focalizar” esforços nas atividades/operações (core business) que realmente possam se traduzir em vantagens competitivas para si (empresa), especializando-se em unidades de negócios, com um número cada vez mais limitado de atividades, reduzindo o número de processos, enxugando suas estruturas administrativas e delegando a uma rede de outras empresas (fornecedoras, subcontratadas etc.) as funções que pudessem ser consideradas como complementares ou acessórias.” (in **Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação**. RAE-Revista de Administração de Empresas, v. 35, n. 2, mar-abr, p. 36, 1995).

determinantes da escola francesa do serviço público, existiam naquele momento empresas estatais desenvolvendo atividades de interesse geral, como no setor elétrico.¹⁴

A decisão política de abrir novos flancos ao setor privado e estimular o regime concorrencial, quando viável, em novos segmentos, valeu-se da opção de fragmentar as cadeias de produção. A medida, por lá batizada como *unbundling*, foi considerada estratégica para eliminar ou, ao menos, diminuir barreiras para novas empresas de médio e pequeno porte e, conseqüentemente, fomentar a competição e a inovação. A propagação do neoliberalismo adotado pelo Governo Thatcher – e também pelo Governo Reagan (EUA) –, ajudou a difundir as soluções aplicadas para sua implementação, exportando-se então o *unbundling*.

A trajetória da Comunidade Econômica Europeia para se transformar em União Europeia também exerceu influência importante na sementeira da desverticalização nos serviços públicos pelo Velho Continente, na medida em que empreendeu o debate sobre os modelos para prover as atividades de interesse geral da população. Além do peso adquirido pelas ideias neoliberais a professar a redução do papel do Estado e a primazia (em regra) das soluções de mercado, é fato que alguns países simplesmente não possuíam nada parecido com a ideia - difundida especialmente pelo pensamento francês, mas com adesão em várias partes do Mundo - de que determinados setores estariam naturalmente reservados à exploração monopolistas pelo Estado, não sendo passíveis de exploração comercial em sentido estrito (ARAGÃO, 2007; GROTTI, 2017; JUSTEN FILHO, 2003).

Na busca do denominador comum, a concepção tradicional francesa passou a ser revista e abrandada no seu próprio berço, como também em sua área de influência. Operou-se, sem dúvida, a reformulação significativa desse instituto, não só para acolher de forma ampla a participação de prestadores de direito privado – o que não era genuinamente uma novidade –, mas também para que tais atividades fossem desenvolvidas, sempre que possível, dentro do ambiente competitivo e com abertura para a iniciativa privada atuar dentro dos princípios da liberdade econômica no setor.¹⁵ A nova vestimenta trouxe, na algibeira, a desverticalização.

¹⁴ Para maiores informações sobre a experiência inglesa no setor elétrico, recomenda-se o artigo de Eduardo Klingelhofer de Sá, **A Privatização do Setor Elétrico na Inglaterra e Reflexões para o Caso Brasileiro**, publicado na Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. [127]-150, jun. 1995.

¹⁵ Alexandre dos Santos Aragão registra a posição de juristas europeus que abordaram as mudanças causadas pela União Europeia e conclui que esta vem “sob determinados aspectos, efetuando um modelo de síntese entre a noção tradicional – francesa e latina –

Pouco mais de uma década depois da Europa e alimentada também por questões específicas de nossa realidade, a mesma inflexão materializou-se no Brasil. Por aqui, o “novo serviço público” apresentou-se com algumas novidades: a regulação setorial (por meio de agências), a abertura para o regime concorrencial e o livre trânsito para a fragmentação das etapas que integram o serviço, quando julgada oportuna a medida.

Ao momento calha o breve registro de que os setores de telecomunicações e de energia foram os primeiros exemplos mais visíveis da desverticalização no serviço público brasileiro. Para esses segmentos, o objetivo principal foi o de atrair novos agentes (com capacidade de realizar investimentos) e introduzir o ambiente concorrencial nas etapas que permitissem a disputa de mercado, com a expectativa de que a competição melhorasse a qualidade no atendimento ao usuário, sem deixar de perseguir o preço módico para manter ou conquistar os clientes.

Por todo o exposto, ainda que tenham pontos em comum, os propósitos centrais da desverticalização no setor privado e no serviço público foram até aqui distintos, o que submete as decisões por adotá-la a diferentes premissas e parâmetros. No ambiente empresarial privado, destacam-se os benefícios internos à corporação, notadamente a redução na alocação de recursos (custos operacionais e investimentos) e a melhorias dos processos; no serviço público, sua adoção ficou mais associada às externalidades positivas para o setor econômico, principalmente por oferecer maior dinamismo.

A ausência de ambiente competitivo para os serviços públicos de água e esgoto, os quais se imaginam fadados ao monopólio natural, delinea cenário muito peculiar para o estudo da desverticalização. Se os benefícios não decorrerão da competitividade, faz-se necessário compreender quais são os

de serviço público, e a ideia anglo saxônica de *public utilities*” (*in Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 109 a 117). O Direito Comunitário Europeu não decretou o fim do atendimento de necessidades econômicas (sentido amplo) da população por empresas estatais ou privadas detentoras de delegação especial pelo Estado; procurou, sim, tornar ilegítimas as reservas de mercado, exigindo a adoção de ambiente concorrencial mesmo nos segmentos dominados por outorgas estatais; restou excepcionalmente admitida o regime de exclusividade, apenas se demonstrada a completa inadequação da competição de mercado. E ainda que não o tenha feito de forma peremptória, os tratados da União Europeia incutiram a ideia geral de subsidiariedade da atuação estatal para as atividades de interesse econômico geral. Também Carlos Baptista Lobo observa a coexistência dos conceitos de serviço público (para os ramos em que predomina o direito romano-germânico) e de serviço de interesse econômico geral (mais relacionada aos sistema anglo-saxônicos) no Direito Comunitário Europeu, ainda que com proeminência para esta última (*in Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 163 a 167). Há também importantes observações sobre essa transição no artigo de Almiro do Couto e Silva **Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira?** (Revista de Direito Administrativo nº 230, p. 45 a 74).

objetivos buscados, as condições a serem promovidas para alcançar os resultados e os parâmetros para analisar o êxito do modelo. Nota-se aqui uma tendência à maior aproximação com aspectos mais recorrentemente avaliados pelas empresas privadas, como o foco no aprimoramento dos processos de toda a atividade pela divisão das tarefas com forte integração dos agentes envolvidos. Ainda assim, seguirão existindo diferenças relevantes, como será apurado nos tópicos seguintes.

II. A DESVERTICALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO NO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Como é de amplo conhecimento, a urbanização da população brasileira se intensificou a partir dos anos 30 do século passado, o que obviamente fez o saneamento básico adquirir maior relevo no país.¹⁶

Para prover a demanda das cidades pelos serviços popularmente designados como “água e esgoto”, muitos Municípios concentraram todas as etapas dessas atividades em uma mesma unidade que integrava a Administração Pública local; por vezes, um órgão dentro da Prefeitura, por vezes, uma entidade da Administração Indireta. Como visto no tópico anterior, este padrão era absolutamente coerente com o modelo de prestação de serviço público predominante, entre nós, naquela quadra histórica.

Após a primeira metade do século XX, o quadro alcançado na oferta de água e esgoto era insatisfatório e prevaleceu a avaliação de que os governos locais não conseguiriam acompanhar a velocidade e a intensidade da acelerada urbanização brasileira.¹⁷

¹⁶ Àquela altura, não era incomum que as principais cidades brasileiras já possuíssem serviços de água e esgoto, como registra Dinorá Adelaide Musetti Grotti no artigo **A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico**, publicado na obra **Tratado sobre o Marco Regulatório no Saneamento Básico** (DAL POZZO, Augusto Neves. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 103 e 104). Um breve registro sobre os serviços de saneamento básico na cidade do Rio de Janeiro é visto no artigo **A Trajetória da Regionalização dos Serviços Públicos de Água e Esgoto**, de Anderson Paulino, publicado em **Marco Regulatório do Saneamento Básico – Lei nº 14.026/2020** (coordenadores: Leandro Frota e Vânia Aieta. Brasília - OAB Editora, 2021, p. 37 a 39).

¹⁷ Carlos Alberto Rosito enumera os principais problemas verificados na “fase PRÉ-PLANASA” in **Do PLANASA ao PLANASB – Os últimos 50 anos da água e do esgoto no Brasil**; disponível em 18/09/2021 no endereço eletrônico: <https://www.sgpam.com.br/artigos/do-planasa-ao-plansab-os-ultimos-50-anos-da-agua->

Dentro da racionalidade econômica, apontava-se a prestação regionalizada como a melhor solução para enfrentar o desafio, de modo a usufruir dos benefícios da economia de escala, que aumentariam as chances de autossustentabilidade econômica para o provimento de água tratada e esgotamento sanitário, facilitando ainda o alcance da modicidade tarifária ao ampliar o universo de usuários e, consequentemente, a margem para utilização de subsídios cruzados (SANTOS et al., 2020). Além disso, a idealização em torno da eficiência das empresas de grande porte e da produção em massa reforçava o apelo para a mudança.

Sob essas premissas, promoveu-se a famosa guinada no setor, com a implementação formal do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), oficialmente lançado em 1971. Este plano é o grande responsável pelo fato de as companhias estaduais assumirem a frente dos serviços públicos de tratamento e distribuição de água e de coleta dos efluentes, atuando de forma regionalizada. O principal fator utilizado para alterar o cenário de prestação municipalizada foi vincular as transferências voluntárias de recursos federais para o saneamento básico às áreas atendidas pelas companhias estaduais.

Vale frisar que o modelo do PLANASA não rompeu com a lógica de congregar todas as fases do provimento de água e esgotamento sanitário em uma única operadora. Prevaleceu então a ideia de que cada empresa estadual deveria ir da captação da água (para tratá-la) à destinação final do esgoto, ou, parafraseando o mote do setor petrolífero, deveriam cobrir “da água ao esgoto”.

Além de todos os motivos gerais já apontados para esse caminho, dois fatores exerciam peso especial nessa escolha: (i) o monopólio natural que envolve, via de regra, serviços fortemente ancorados na implantação e manutenção de rede física e (ii) os benefícios da economia de escala em setor com alta demanda por investimentos (sobretudo para ampliação das redes) e baixa expectativa de retorno, diante da necessidade de gerar tarifas acessíveis (por vezes simbólicas) em larga escala. (MADEIRA, 2010)

Promulgada pouco mais de uma década depois das primeiras leis que reformularam o serviço público em terras brasileiras, a Lei Federal nº 11.445/2007 inaugurou nova época para o fornecimento de rede de água e de esgoto no Brasil. Nos anos imediatamente seguintes à promulgação do Marco Legal do Saneamento Básico, além do incremento no uso de contratos de concessão, observaram-se diferentes experiências relacionadas à desverticalização no setor.

e-do-esgoto-no-brasil. Os dados da época são os seguintes: em relação à população urbana (que representava 56% dos habitantes do país), 50,1% eram atendidos com ligação de água no domicílio e 19,4% possuíam coleta esgoto.

O texto original da Lei Federal nº 11.445/2007 optou por não tratar da desintegração vertical de forma minuciosa, mas deixou clara sua admissibilidade, contemplando inclusive algumas condições pontuais para sua utilização nos serviços públicos de saneamento básico.

Já na redação de seu art. 3º, cuidou de enunciar as principais etapas que estruturam o abastecimento de água potável e o esgotamento sanitário. O dispositivo, em sua versão original, não chegou a proclamar a faculdade do titular no sentido de fragmentar aquelas várias fases para fins de promover a regulação e a prestação de forma mais segmentada. Ainda assim, aguçava o olhar para a divisibilidade não só entre os serviços de água e de esgoto, mas também em relação aos diferentes estágios percorridos para realizar cada um deles.

O art. 12, por seu turno, contém inequívoca admissão à desintegração vertical, uma vez que previu as condições a serem observadas diante da coexistência de dois ou mais prestadores que atuem de forma interdependente para prover os serviços de saneamento básico.¹⁸

Diante da dispersão das tarefas entre diferentes agentes, cuidou de exigir a celebração de contrato para reger essa relação de interdependência e estabeleceu que necessariamente todos ficarão submetidos a uma única entidade reguladora.

Além de impor a unidade de regulação, o Diploma Legal prescreveu o rol mínimo de matérias a serem tratadas pela entidade reguladora¹⁹ e também as cláusulas obrigatórias para o contrato de interdependência.²⁰

¹⁸ “Art. 12. Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização.”

¹⁹ “Art. 12, § 1º A entidade de regulação definirá, pelo menos: I - as normas técnicas relativas à qualidade, quantidade e regularidade dos serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos; II - as normas econômicas e financeiras relativas às tarifas, aos subsídios e aos pagamentos por serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos; III - a garantia de pagamento de serviços prestados entre os diferentes prestadores dos serviços; IV - os mecanismos de pagamento de diferenças relativas a inadimplemento dos usuários, perdas comerciais e físicas e outros créditos devidos, quando for o caso; V - o sistema contábil específico para os prestadores que atuem em mais de um Município.”

²⁰ Art. 12, § 2º O contrato a ser celebrado entre os prestadores de serviços a que se refere o caput deste artigo deverá conter cláusulas que estabeleçam pelo menos: I - as atividades ou insumos contratados; II - as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso às atividades ou insumos; III - o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, e as hipóteses de sua prorrogação; IV - os procedimentos para a implantação, ampliação, melhoria e gestão operacional das atividades; V - as regras para a fixação, o reajuste e a revisão das taxas, tarifas e outros preços públicos aplicáveis ao contrato; VI - as condições e garantias de pagamento; VII

Antes de expor as principais alternativas voltadas para a desverticalização que ganharam corpo e alma partir de 2007, cumpre mencionar que as alterações promovidas pela Lei Federal nº 14.026/2020 no Marco Legal do Saneamento Básico lançaram normas nacionais mais indicativas sobre alguns desmembramentos admitidos para os serviços de água e esgoto. Novamente isso foi feito sem impor ao titular do serviço “a solução derradeira” e sem buscar tratar o tema de forma exaustiva.

Enquanto o art. 3º sofreu pequenos ajustes para listar as principais etapas dos serviços de saneamento básico, houve o cuidado de introduzir os arts. 3º-A e 3º-B, que apresentam fragmentação ainda mais detalhada.

Para os serviços públicos de abastecimento de água foram citadas as seguintes atividades: reservação de água bruta; captação de água bruta; adução de água bruta; tratamento de água bruta; adução de água tratada; reservação de água tratada e distribuição mediante ligação predial.

No tocante aos serviços públicos de esgotamento sanitário, restaram consignadas como etapas integrantes: a coleta, incluída ligação predial, dos esgotos sanitários; o transporte dos esgotos sanitários; o tratamento dos esgotos sanitários; a disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais de forma ambientalmente adequada, incluídas fossas sépticas.

Atualmente, é difícil imaginar na prática o fracionamento dos serviços de água e esgoto por muitos agentes, o que representaria alta complexidade para governança do sistema e até mesmo para a viabilidade econômico-financeira de toda a operação, entre outras coisas, pela divisão das receitas e pelo incremento dos custos de transação. Mais complexo ainda é projetar a competição dentro de qualquer uma dessas instâncias, em face do cuidado que cerca o uso da matéria-prima essencial (água) e do fato de a prestação do abastecimento de água e do esgotamento sanitário ocorrer por meio de rede física, situações que seguem a sugerir quadro de exclusividade para cada atividade dentro da mesma base de organização territorial.

Uma das novas alternativas explicitadas com a alteração do Marco Legal é a contemplada no art. 10-A, § 2º.²¹ Ao dispor que as outorgas para utilização

- os direitos e deveres sub-rogados ou os que autorizam a sub-rogação; VIII - as hipóteses de extinção, inadmitida a alteração e a rescisão administrativas unilaterais; IX - as penalidades a que estão sujeitas as partes em caso de inadimplemento; X - a designação do órgão ou entidade responsável pela regulação e fiscalização das atividades ou insumos contratados.

²¹ Art. 10 (...) § 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa

de recursos hídricos detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas em relação à operação a ser concedida, desenha-se a trilha para aquelas companhias seguirem à frente do serviço público que vem sendo denominado como “produção de água tratada”, enquanto ingressam no sistema concessionárias com a responsabilidade de proverem a distribuição de água - e, caso não haja uma segunda divisão -, também o esgotamento sanitário. Este arranjo foi adotado nas recentes concessões de serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário para as Regiões Metropolitanas de Maceió (2020) e Rio de Janeiro (2021).

A Lei Federal nº 14.026/2020 dedicou também atenção a figuras que vinham sendo utilizadas a partir de leis locais, como a subdelegação e a contratação de parcerias público-privadas (PPPs) pelas próprias operadoras do sistema, especialmente ao longo do art. 11-A e parágrafos.²²

Tendo em vista o caráter de monopólio natural existente nas redes de distribuição de água tratada e de esgotamento sanitário e ainda considerando a extrema dificuldade em se imaginar a atuação sobre um mesmo território de dois ou mais produtores de água tratada, o fracionamento desses serviços visando atribuí-los a diferentes agentes pode parecer, em reflexão apressada, uma ideia fora do lugar, pois não se divisa qualquer capacidade para estimular a concorrência nesse cenário.

Na prática, tal medida tem sido adotada especialmente para introduzir atores do setor privado com capacidade para aportar recursos, realizar ou gerir obras e, ainda, fomentar inovações no setor. A opção normalmente é exercida a fim de que as empresas que ingressam no sistema laborem ao lado das operadoras estatais, reduzindo-se as atividades destas.

Se não servirá ao propósito de criar ambiente competitivo, haverá de se avaliar, para cada caso, se e como estarão presentes as outras consequências que costumam advir do fracionamento em tela. Por exemplo, avaliar os impactos que poderão ser colhidos pela diluição dos investimentos e riscos por diferentes agentes, pela divisão de responsabilidades operacionais e pela tendência ao aprimoramento das funções de cada prestador, que buscará a máxima eficiência na etapa sob sua responsabilidade, uma vez que não lhe assistirá compensar as

detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.

²² Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

perdas com os ganhos em outros pontos da operação. Em tese, tudo isso é capaz de gerar, entre outras coisas, o melhor aproveitamento da água.

Haverá de se avaliar se esses potenciais benefícios compensam as dificuldades que o sistema fracionado tende a criar, como o aumento dos custos de transação, redução da margem para a operação delegada ser autossustentável, a alta demanda por procedimentos-padrão entre os operadores e a intensificação das atividades de controle diante das interfaces. Como visto, prestar um serviço por meio de agentes autônomos demanda especial cuidado quanto à organização prévia para se ter a clareza das atribuições e dos procedimentos a serem adotados por cada ator; também requer forte coordenação institucional com atuação constante para zelar pela necessária integração entre as atividades que se complementam.

É imprescindível que a decisão passe pelo crivo das diretrizes fixadas na legislação nacional, demonstrando sua potencial eficiência, por exemplo, para (i) a universalização do atendimento, (ii) a adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais, (iii) o estímulo à pesquisa, ao desenvolvimento e à utilização de tecnologias apropriadas e (iv) a gestão eficiente dos recursos hídricos.²³

Não se tratará de avaliação exclusivamente pautada pela viabilidade técnico-operacional ou pelo prisma econômico-financeiro, mas certamente esses aspectos são primordiais na definição do modo de organização dos serviços, não sendo diferente para a desverticalização, sob pena de violação art. 11, II da Lei Federal nº 11.445/2007.²⁴

III. AS PRIMEIRAS DESVERTICALIZAÇÕES NOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO NA VIGÊNCIA DO MARCO LEGAL

Consultando-se o **Panorama da Participação Privada no Saneamento 2021**, levantamento feito pela ABCON/SINDCON, é possível elaborar o seguinte quadro de contratos em vigor naquele ano que, de alguma forma,

²³ Art. 2º da Lei Federal nº 11.445/2007.

²⁴ Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: (...) II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico.

refletem ou tangenciam a desintegração vertical no setor antes da alteração promovida pela Lei Federal nº 14.026/2020:²⁵

Tabela 1 A fragmentação dos serviços de água e esgoto por estados brasileiros antes da Lei Federal nº 14.026/2020

ESTADO	TIPO DE CONTRATO (DESVERTICALIZAÇÃO)
Alagoas	1 PPP DE ÁGUA
	1 PPP DE ESGOTO
Bahia	1 PPP DE ESGOTO
Espírito Santo	3 PPPs DE ESGOTO
Goiás	1 SUBDELEGAÇÃO DE ESGOTO
Mato Grosso	8 CONCESSÕES COMUNS DE ÁGUA
Mato Grosso do Sul	1 PPP DE ESGOTO
Minas Gerais	1 PPP DE ÁGUA

²⁵ Disponível em 19/10/2021 no endereço eletrônico: <https://www.abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2021/07/PAN21-BAIXA-final.pdf>. Algumas observações são importantes sobre o painel elaborado. A primeira é que a lista acima inclui doze contratos celebrados antes da promulgação da Lei Federal nº 11.445/2007; são elas: PPP de Esgoto que atende aos Municípios de Salvador e Lauro de Freitas (BA); Concessões Comuns de Água dos Municípios de Carlinda, Águas de Nortelândia, Novo São Joaquim, Nova Xavantina, Santa Carmem (MT); Concessão de Água do Município de Guapimirim (RJ); PPP de Água do Município de Birigui (SP); Concessões Comuns de Esgoto dos Municípios de Jundiá, Ribeirão Preto e Salto (SP); Concessão Comum de Água do Município de Abreulândia (TO). A segunda é que não foram incluídas as Concessões das Regiões Metropolitanas de Maceió e do Rio de Janeiro pelo recorte temporal adotado, mas elas serão tratadas mais à frente. A terceira é a opção aqui por considerar que o Município de Rio das Ostras (RJ) celebrou contrato em regime de Parceria Público-Privada, divergindo-se neste ponto do enquadramento dado como concessão comum pelo **Panorama da Participação Privada no Saneamento 2021**. A quarta e última diz respeito ao fato de não estarem contemplados contratos que já foram extintos, como a concessão administrativa de esgotamento sanitário da COPASA para o Município de Divinópolis (MG) e a também a concessão administrativa com o mesmo objeto celebrada pelo SAAE de Guarulhos (SP), mas vale o registro de que outras experiências ocorreram no período.

Pará	2 CONCESSÕES COMUNS DE ÁGUA
Pernambuco	1 PPP DE ESGOTO
Piauí	1 CONCESSÃO DE ÁGUA
Rio de Janeiro	2 PPPs DE ESGOTO
	3 CONCESSÕES COMUNS DE ÁGUA
	1 CONCESSÃO COMUM DE ESGOTO
Rio Grande do Sul	1 PPP DE ESGOTO
Santa Catarina	1 CONCESSÃO COMUM DE ESGOTO
	2 CONCESSÕES COMUNS DE ÁGUA
ESTADO	TIPO DE CONTRATO (DESVERTICALIZAÇÃO)
São Paulo	3 PPPs DE ÁGUA
	4 PPPs DE ESGOTO
	2 CONCESSÕES COMUNS DE ÁGUA
	2 LOCAÇÕES DE ATIVOS DE ESGOTO
	3 CONCESSÕES COMUNS DE ESGOTO

Tocantins	31 CONCESSÕES COMUNS DE ÁGUA
-----------	---------------------------------

Fonte: autoria própria

O quadro expõe diversidade de soluções, as quais serão apresentadas em seis grupos, comentados a seguir, com a brevidade necessária ao propósito deste artigo.

O número significativo de **Concessões Comuns de Água** deve ser relativizado. Durante o presente estudo, não se revelou viável o levantamento dos termos contratuais, tampouco sobre as condições operacionais. Ainda assim, as informações colhidas dão conta de que nos Estados em que há grande incidência dessa modalidade contratual (Tocantins e Mato Grosso) sua utilização está constantemente associada a Municípios com número baixo de habitantes e situados em áreas nas quais não é comum haver serviços de esgotamento sanitário a partir de rede coletora, ocorrendo, sim, a utilização de fossas. Neste contexto especial, somente há, de fato, serviço público de tratamento e distribuição de água, sendo descabido falar em divisão dos serviços interdependentes de água e esgoto para atribuí-los a diferentes operadores.

Embora não tenha sido possível localizar, na fase de pesquisa, contratos de concessão comum do tratamento e abastecimento de água posteriores ao Marco Legal para cidades que tenham rede de esgotamento sanitário, por certo, essa modulação era – e ainda é – juridicamente possível, seja para manter a antiga operadora apenas nas funções relacionadas ao esgotamento sanitário, seja para atribuir essa outra face também a um segundo agente privado.

Tal opção, como qualquer outra, haverá de se pautar por avaliar os prós e os contras do modelo a ser implementado. Nas cidades ou regiões com índice satisfatório de abastecimento de água, a concessão segregada deste segmento tende a permitir o pagamento de outorga mais elevada para adquirir o direito à exploração econômica, mas o titular do serviço não deverá levar em consideração apenas este resultado financeiro imediato; cumprirá aferir a viabilidade econômica e técnica de todo o sistema, como exige o art. 11, II da Lei Federal nº 11.445/2007, bem como a eficiência do modelo para atender as diretrizes e objetivos da política pública para o saneamento básico.

As **Parecerias Público-Privadas de Água** foram adotadas por algumas Companhias Estaduais²⁶ para que as operações ligadas ao tratamento ficassem,

²⁶ Na SABESP, isso ocorreu para o Sistema Produtor Alto Tietê e para o Sistema São Lourenço. Na COPASA, para o Sistema Produtor Rio Manso. A CASAL o fez para o Novo Sistema Adutor do Agreste (que na realidade congregava melhorias do sistema já

ao menos de fato, a cargo da empresa contratada, cumprindo a esta ainda promover a implementação, melhoria ou ampliação da infraestrutura correspondente.

Nesse contexto, foi celebrada a concessão administrativa,²⁷ e mais especificamente ainda a concessão administrativa de serviços ao Estado, na classificação feita por Carlos Ari Sundfeld. (2005) Os contratos em questão têm por objeto a prestação de serviço diretamente para a contratante (e não para o usuário). A Companhia Estadual, parceira pública, é a tomadora, isto é, a destinatária das atividades, pagando integralmente a contrapartida devida ao parceiro privado.

Logo, nas chamadas PPPs de Água não ocorreu a transferência do serviço a terceiro (delegação ou subdelegação); não se estabeleceu uma concessão de serviço público propriamente dita. Houve tão somente a contratação (em regime especial) de empresa para executar, de fato, parte da atividade atribuída à estatal, mas sob o controle desta, que seguiu a responsável perante o titular do serviço e perante os usuários por todos os aspectos relacionados à tarefa subcontratada. Por isso, cabe tratar a ocorrência como uma espécie de subcontratação à luz do contrato principal, no caso o Contrato de Programa. No entanto, a modelagem traz diferenças sensíveis em relação ao tradicional contrato de prestação de serviços previsto na Lei Federal nº 8.666/93.

Sem dúvida, o principal traço distintivo entre os dois tipos de contrato cotejados é a alocação, para a concessionária administrativa, da tarefa de levantar os recursos para os investimentos iniciais exigidos em favor da infraestrutura demandada pelo serviço; uma vez que a remuneração pelo parceiro público somente ocorrerá após a efetiva disponibilização do serviço implementado, ampliado ou melhorado, há um descasamento no tempo entre, de um lado, os custos econômicos incorridos com obras e aquisições de bens permanentes e, de outro, a remuneração que permitirá recuperar essas despesas e auferir o lucro.

Se o contratante não pagará gradualmente na medida em que as obras ou aquisições avançam, como nos típicos períodos mensais dos contratos administrativos, é o contratado que precisará levantar os recursos para custear suas atividades por um bom tempo (possivelmente um ano ou mais).

existente, a implantação de uma nova estação de tratamento de água, mas também a adução da água tratada a diferentes Municípios). A utilização de contratos da Lei de Parceria Público-Privada pelas empresas estatais é expressamente admitida no art. 1º, § 1º da Lei Federal nº 11.079/2004.

²⁷ Nos termos do art. 2º, § 2º da Lei Federal nº 11.079/2004, “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”.

Como destacam Augusto Neves Dal Pozzo e Renan Marcondes Facchinatto (2020, p. 396) a concessão administrativa “passa a ser mais uma técnica jurídica para a contratação de projetos de infraestrutura de capital intensivo”. A concessionária assumirá as despesas de capital²⁸ - CAPEX (*Capital Expenditure*) - e estruturará o negócio sob a lógica de *project finance*: o custo do financiamento inicial será (predominantemente) pago por um fluxo de caixa futuro - no caso das PPPs de Água, as contraprestações públicas.

Não se perca de vista que, ao assumir esse desafio, na realidade, o parceiro privado atua na prática como o financiador dos investimentos de interesse público, uma vez que a entidade administrativa pagará pela benfeitoria após a sua entrega (o que termina funcionando como um período de carência) e normalmente em prestações que se diluem a longo prazo.

Embora não tenham sido consultados os processos decisórios que levaram as companhias estaduais a adotarem esse modelo, é razoável pressupor que a dinâmica proporcionada pelo tipo de relação contratual tenha se constituído como outro ponto favorável.

Em primeiro lugar, a concessão administrativa, mesmo na vertente de prestação de serviço à entidade estatal, acaba sendo um contrato próximo da lógica de resultado, haja vista que o Poder Concedente pagará sua contraprestação a partir do momento em que o produto contratado gera seus frutos, isto é, quando entra em operação.

Outra vantagem proporcionada é a capacidade de concentrar várias atividades em torno de um único agente. Em vez de a empresa estatal contratar uma grande obra (ou até mais de uma), comprar os equipamentos destinados à operação e contratar vários fornecedores e prestadores de serviço para auxiliar em tarefas operacionais (fornecimento de insumos, manutenção de sistemas, limpeza e conservação das instalações físicas, vigilância da unidade etc.), o parceiro privado é que cuidará de todas essas tarefas e poderá resolvê-las dentro das regras de direito privado, executando-as diretamente ou mediante contratação de terceiros (sem licitação e com contratos mais flexíveis que os públicos).

Além disso, o parceiro público não precisará exercer a mesma rotina de controle aplicada aos contratos administrativos tradicionais, ao menos durante as etapas de execução da obra e de aquisição de bens. A contraprestação pública

²⁸ Nunca é demais lembrar que a Lei de PPPs foi alterada para contemplar a hipótese de o parceiro público fazer aportes de recursos em favor do parceiro privado para a realização de obras e aquisição de bens reversíveis (art. 6, § 2º com redação dada pela Lei Federal nº 12.766/2012). Isso permite o rateio do CAPEX entre os parceiros, mas não altera a lógica do contrato, na medida em que o parceiro privado terá que alocar alta quantia no início da execução contratual, levantando a soma que lhe compete aplicar, para ter o retorno econômico muito tempo depois.

será desembolsada por causa da operação dos serviços, com base no valor definido em licitação. Por isso, não se impõe o exame da proporcionalidade entre a parcela da obra executada lá atrás (ou dos bens incorporados ao sistema) e o valor do pagamento mensal que ocorre anos depois e a título do serviço prestado naquele outro momento contratual.²⁹

Vale destacar que outros modelos e alcances de Parceria Público-Privadas são teoricamente possíveis para a etapa da água, como a concessão administrativa ou mesmo patrocinada para implementação de uma nova rede de distribuição, mas não se encontrou registro desse tipo de ocorrência. Ainda em tese, cabível se faz a locação de ativos, figura já verificada para as etapas do esgotamento sanitário, como será tratada mais à frente.

Na busca de agentes privados para promoverem os serviços de esgoto - ou para auxiliarem de modo mais ativo as antigas operadoras - observaram-se cinco variações, a saber: concessão comum; concessão patrocinada, concessão administrativa, subdelegação e locação de ativos. A maior diversidade e intensidade de contratos para o segmento reflete o desafio que existe para resolver o grave quadro neste segmento.³⁰

Para efeito deste artigo, as **Concessões Comuns de Esgotamento Sanitário** são as concessões de serviço público tratadas diretamente na Lei

²⁹ Evidentemente, compete ao Poder Concedente acompanhar a execução da obra e o fornecimento de bens para assegurar o cumprimento contratual e a realização do interesse público, zelando sempre pelo cronograma e pela imprescindível qualidade. O abrandamento ocorre mais sobre os processos de pagamento, pois não são necessárias medições periódicas que atestem, nos mínimos detalhes, as atividades efetivamente desenvolvidas na obra, nem se impõe a averiguação prévia (“recebimento provisório) de cada bem fornecido, para apurar a remuneração devida. Não se trata de um descuido com o patrimônio público, pois a remuneração apenas se dará a partir do momento em que o resultado se manifeste. E é importante lembrar que à concessionária não bastará entregar o produto final para receber seu pagamento; ela será responsável, ainda, por operar o próprio sistema que cuidou de implementar ou melhorar e o fará por muitos anos; permanecerá mobilizada, anos a fio, para reparar os erros de execução dentro do seu próprio interesse de ser remunerada no longo prazo da operação. Ao final do contrato, portanto, a entidade administrativa receberá a infraestrutura para utilizar diretamente ou repassar a outro operador, após período extenso no qual terá sido testado e avaliado – e eventualmente corrigido - o resultado contratual.

³⁰ Dados do SNIS indicam que no Brasil, em 2019, o índice de atendimento por rede do serviço de água era de 83,7% (e 92,9%, se considerarmos só a área urbana), enquanto que o de coleta de esgoto é de 54,1% (sendo 61,9%, se consideramos só a área urbana). Quanto ao esgoto total gerado, o índice de tratamento era de 49,1%. Disponível em 26/10/2021 no endereço eletrônico: <file:///E:/saneamento%20b%C3%A1sico/Diagnostico-SNIS-AE-2019-Capitulo-06.pdf>.

Federal nº 8.987/95,³¹ que configuram o modo mais tradicional para delegar serviço público às empresas privadas.

Na concessão de serviço público, o ente federativo que detém a titularidade do serviço exerce a opção constitucionalmente admitida de atribuir sua prestação à pessoa jurídica que não integra seus quadros.

A delegação se dá por meio de contrato celebrado entre o titular - que passa a ser mais especificamente o Poder Concedente nesta relação - e a pessoa jurídica selecionada - que se torna a concessionária de serviço público.

A concessionária assume as obrigações previstas no contrato e na regulação do setor, adquirindo, em contrapartida, o direito de promover a exploração econômica pelo trabalho que desempenha, mediante o recebimento das tarifas pagas pelos usuários do serviço e por meio das receitas adicionais (alternativas, complementares ou acessórias) admitidas no instrumento contratual.

Como se nota, os contratos tradicionais concebidos para delegar a prestação de serviço público são absolutamente raros para o esgotamento sanitário, o que se explica pelo fato de usualmente ser muito elevado o patamar de investimentos para expandir a rede coletora e o tratamento dos efluentes, em face do baixo atendimento desses segmentos no Brasil.

Como é óbvio, o alto *CAPEX* interfere na expectativa de retornos financeiros, exigindo prazos mais longos ou tarifas mais elevadas ou, ainda, subsídios dos cofres públicos. Na média geral das cidades brasileiras, se forem consideradas apenas as receitas projetadas pela tarifa de esgoto - a qual deve se manter módica dada a imprescindibilidade do serviço para a saúde pública -, o resultado esperado, via de regra, não se revela atrativo para os investidores, mesmo no longo prazo contratual.

³¹ Nos termos da lei, concessão de serviço público é 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” (art. 2º, II). Foi a solução adotada no caso da área conhecida como AP-5 no Município do Rio de Janeiro, que integra parte dos bairros da Zona Oeste. A partir de Termo de Reconhecimento de Direitos e Obrigações celebrado entre o Estado e o Município, a Prefeitura do Rio de Janeiro promoveu licitação específica para selecionar a empresa privada para atuar como concessionária do esgotamento sanitário naqueles bairros, mantendo-se a CEDAE no abastecimento de água. Blumenau (SC) também promoveu a concessão comum para o esgotamento sanitário. No **Panorama da Participação Privada no Saneamento 2021**, a rigor faz-se menção ao caso de Rio das Ostras, mas, ao que consta, o tratamento dado foi de concessão administrativa, não tendo sido possível examinar o instrumento em questão. Tampouco foram localizados os contratos de concessões comuns de esgotamento sanitário celebrados antes do Marco Legal no Estado de São Paulo (Jundiaí, Ribeirão Preto e Salto).

Nesse contexto, a alternativa, então, para suprir a “lacuna de viabilidade”³² seria a adoção de subsídios pelos cofres públicos, que, por sinal, são expressamente admitidos na Lei Federal nº 11.445/2007.³³ Ocorre que, além da decisão administrativa de adotar a concessão de serviço público com subsídios, restará avaliar se o modelo despertará o interesse das empresas e dos investidores, os quais, entre outras coisas, considerarão os riscos decorrentes dessa fonte complementar de custeio do serviço.

Também não se nota largo emprego das **Concessões Patrocinadas de Esgotamento Sanitário**,³⁴ que é a modalidade de parceria público-privada na qual o Poder Concedente assume o pagamento de contraprestação ao parceiro privado em acréscimo às receitas tarifárias e às receitas adicionais permitidas no contrato. Com isso, aumenta-se a capacidade de geração de superávit dentro do tempo da concessão e, conforme o caso, a projeção do resultado financeiro atingirá a taxa mínima de atratividade para as empresas (e seus investidores) assumirem os riscos e as obrigações da operação.

A contraprestação pública, portanto, destina-se a suprir a eventual “lacuna de viabilidade” acima apontada, agregando ao portfólio as garantias especiais que a legislação admite para a quitação das obrigações pelo parceiro público (fundo garantidor etc.). Vale notar que o desembolso deste ficará condicionado à efetiva disponibilização dos benefícios resultantes dos investimentos iniciais, conforme a regra geral estabelecida no art. 7º da Lei Federal nº 11.079/2004, admitida a contraprestação proporcional à parcela fruível do serviço.³⁵

³² Termo consagrado na prática internacional, como aponta o artigo já citado de Augusto Neves Dal Pozzo e Renan Marcondes Facchinatto (**O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico e os modelos de emparceiramento com a iniciativa privada: a Concessão e a Parceria Público-Privada**, edição citada, p. 394).

³³ Entre outros preceitos, podem ser citados os arts. 23, IX e 29.

³⁴ Essa solução foi utilizada, por exemplo, em Macaé e Rio das Ostras no Estado do Rio de Janeiro. Segundo o art. 2º, § 1º da Lei nº 11.079/2004, “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”.

³⁵ “Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.”

Assim, a lógica na escolha da concessão patrocinada foi a de alcançar atores com a capacidade de incorrer em despesas elevadas logo no início do contrato para implementar novo sistema ou para promover a significativa melhoria daquele já existente. Além disso, o parceiro privado – autêntico concessionário de serviço público - assume perante o Poder Concedente e também perante o usuário o desafio de gerir as demandas para fazer a operação funcionar satisfatoriamente (contratação de obras, aquisição de bens, manutenção da rede, controle operacional etc.).

Tanto a concessão comum quanto a patrocinada para esgotamento sanitário demandaram a alteração dos contratos de programa então em vigor, com o propósito de extinguir a delegação dos serviços de esgoto para as companhias estaduais, que mantiveram as atribuições correspondentes aos serviços de água. A partir dessa nova composição, foi promovida a licitação para conceder o esgotamento sanitário.

Quase tudo o que foi dito para as Parcerias Público-Privadas de Água se estende à **Concessão Administrativa de Esgotamento Sanitário**, que também se estruturou para ser mais precisamente a concessão administrativa de serviços para as empresas estatais.³⁶

Tratou-se aqui novamente de subcontratação em regime especial, feita diretamente pela delegatária dos serviços de água e esgoto, com o escopo de introduzir agente capaz de obter alta soma a ser dispendida para melhoria da coleta e do tratamento dos efluentes, bem como apto a prover e administrar uma série de demandas voltadas para assegurar a operação com a adequada qualidade. Não se verifica aqui a sub-rogação, isto é, a transferência parcial do objeto contratual a terceiro; o parceiro privado não atua como autêntico concessionário de serviço público, mas sim como subcontratado que recebe sua remuneração integralmente do contratante.

No mesmo período compreendido entre 2007 e 2020, houve a **subdelegação do esgotamento sanitário**, mediante licitação promovida pela

³⁶ No Espírito Santo, a CESAN escolheu o regime de concessão administrativa para ampliação, manutenção e operação do sistema de esgotamento sanitário dos Municípios de Serra e Vila Velha; posteriormente fez o mesmo em relação à Cariacica e Viana. Em Pernambuco, a COMPESA adotou também a concessão administrativa para o esgotamento sanitário da Região Metropolitana do Recife e de Goiânia. No Rio Grande do Sul, a CORSAN recorreu ao mesmo regime para parte dos Municípios situados na Região Metropolitana de Porto Alegre. No ano de 2020, a SANESUL aderiu a esse modelo adotando a concessão administrativa para cuidar do esgotamento sanitário em 68 Municípios sul-mato-grossenses.

SANEAGO.³⁷ A empresa estadual procedeu à licitação para transferir a operação das etapas de coleta, tratamento e destinação final do esgoto à empresa privada denominada subdelegatária, mediante contrato específico. Nessa variável, sim, ocorreu a sub-rogação da estatal no tocante ao esgotamento sanitário nas áreas (territórios municipais) expressamente contempladas no instrumento contratual. Como se vê, tal situação guarda certa semelhança com a subconcessão prevista no art. 26 da Lei Federal nº 8.987/95, mas não chega a existir a equivalência absoluta.

Se a nomenclatura utilizada na Lei Geral de Concessão de Serviço Público já merece da doutrina de Marçal Justen Filho (2003, p. 522-528) a ressalva de chamá-la “subconcessão imprópria”, uma vez que se opera na realidade a transferência parcial do objeto contratual, mais complexo ainda é utilizar esse termo quando a transferência parcial decorre de atividade originalmente delegada por meio de contrato de programa, que não costuma ser tratado como autêntico contrato de concessão. O termo “subdelegação”, embora não seja preciso, haja vista seu caráter genérico, é ao menos tecnicamente mais apropriado do que “subconcessão” no tocante à hipótese ora examinada, pois revela uma delegação que ocorre dentro de outra.

Embora o instrumento concebido pela SANEAGO tenha sido denominado “Contrato de Subdelegação”, para demarcar o vínculo original que possui com o Contrato de Programa celebrado por aquela companhia, sua natureza é a de autêntico contrato de concessão de serviço público, mesmo porque não seria permitido à empresa privada subdelegatária celebrar contrato de programa com os Municípios. Por essa razão, o contrato de subdelegação celebrado pela SANEAGO sequer listou a Lei Federal nº 11.107/2005 no rol da legislação aplicável.³⁸

³⁷ Tal subdelegação foi promovida em relação aos serviços de esgotamento sanitário dos Municípios de Aparecida de Goiânia/GO, Anápolis/GO, Rio Verde/GO, Trindade/GO e Jataí/GO. Vale notar que a redação original da Lei Federal nº 11.445/2007 não contemplava expressamente esse instituto, o que não significava o impedimento para sua adoção, haja vista que a lei de diretrizes nacionais não exerce a função de limitar os tipos de contratos no setor. Sua utilização se deu com base em previsões firmadas nos contratos de programa e por vezes na própria legislação dos Municípios. Atualmente, há previsões na legislação federal acerca da subdelegação, por força das alterações promovidas pela Lei Federal nº 14.026/2020 (art. 11-A).

³⁸ Eis o teor da cláusula: “2.1 Sem prejuízo das cláusulas e disposições contidas neste instrumento e em seus anexos, a presente SUBDELEGAÇÃO é regida pela Constituição Federal de 1988; pela Lei Federal n. 11.445/2007; pela Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; pela Lei Federal n. 9.074, de 07 de julho de 1995 e, subsidiariamente, pela Lei Federal n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993; pelos princípios da teoria geral dos contratos; pelas disposições da Lei Federal n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 (Código Civil) e demais disposições de direito privado aplicáveis.”

O **Contrato de Locação de Ativos** é modalidade ainda pouco registrada na prática, tendo sido utilizada pela SABESP e pela SANASA (Campinas). Sem dúvida, a previsão do art. 47-A da Lei Federal nº 12.462/2011³⁹ deu maior segurança jurídica para adoção desse instrumento na Administração Pública, especialmente para relações que reivindicassem prazo de vigência superior a cinco anos – considerado, em condições normais, o máximo admitido no art. 57 da Lei de Licitações e Contratos para a prestação de serviços para entidades administrativas. Todavia, os exemplos de locação de ativos identificados na elaboração deste artigo precedem à Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e contavam com defesa de importantes juristas com base na Lei Federal nº 8.666/93.⁴⁰

No contrato de locação de ativos, a locadora constrói determinado equipamento por encomenda e, uma vez pronto, promoverá sua locação por prazo determinado, transferindo sua propriedade, ao final da relação contratual, ao locatário. Mais uma vez, a contratada assume o ônus simultâneo de financiar o investimento e prover a demanda material que impõe a realização de obras complexas e vultuosas; e também aqui apenas receberá a remuneração a partir da disponibilidade do equipamento para utilização pela contratante.

Na listagem acima, optou-se por inserir dois tipos de contratos que à primeira vista destoam da ideia mais restrita de desverticalização no serviço público, quais sejam, a concessão administrativa de serviços ao Estado e a locação de ativos. Ambos deixam de trazer ao sistema operador genuinamente

³⁹ “Art. 47-A. A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração.” Nas palavras de Aldo Dórea Matos, “a empresa contratada constrói uma determinada instalação — estação de tratamento de água/esgoto, subestação, linha de transmissão etc. — e a arrenda à Administração Pública durante determinada quantidade de anos. Na linguagem empresarial, trata-se de um contrato B.L.T. (build-lease-transfer)”. Disponível em 18/10/2021 no seguinte endereço eletrônico: <https://docplayer.com.br/13082496-Locacao-de-ativos-uma-nova-modalidade-de-contratar-obras-publicas-aldo-dorea-mattos-i.html>”

⁴⁰ MARQUES NETO. Floriano Azevedo. *In As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*, publicado na obra *Parcerias Público-Privadas* (Coordenação: Carlos Ari Sundfeld), edição citada, p. 323 e 324. Em síntese, o autor expõe tratar-se de arrendamento, não sendo propriamente uma prestação de serviço. E ressalta ser contrato típico de direito privado, o que permitiria que seu prazo observasse as normas de direito civil, com base no art. 62, § 3º, II da Lei Federal nº 8.666/93. O Autor, em parceria com Carlos Eduardo Bergamini Cunha, voltou ao tema já após a promulgação da Lei do RDC no artigo **O Contrato de Locação de Ativos e a Implementação de Infraestrutura para o Saneamento Básico**, publicado em *Tratado sobre o Marco Regulatório no Saneamento Básico* (DAL POZZO, Augusto Neves. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 625 a 657).

autônomo, pois materializam o ingresso, sim, de personagem a ser classificado, de forma genérica, como subcontratado da operadora dos serviços. Não há, portanto, a cisão entre as etapas do serviço, de modo a atribuí-las a diferentes empresas.

A opção exercida se deu pela compreensão de que, apesar da limitação jurídica, na concessão administrativa e na locação de ativos o respectivo agente privado assume dois compromissos estruturais para o sistema: (i) o primeiro é de caráter financeiro, no sentido de equacionar e levantar os recursos destinados à implantação ou melhoria da atividade que a rigor são de obrigação da delegatária; como dito, a subcontratada age na prática como autêntica financiadora das intervenções necessárias à infraestrutura; (ii) o segundo, é o fato de assumir uma série de tarefas gerenciais ao longo da relação (o que é mais nítido no caso da concessão administrativa) para assegurar o resultado pretendido em termos de melhoria do serviço público; o parceiro privado acaba sendo elemento importante dessa transformação, cabendo aqui, ainda, ressaltar que em muitos casos ele participa ativamente na concepção da solução técnica e no planejamento das ações para mudança.

Especificamente no caso da concessão administrativa, tanto na água quanto no esgoto, há ainda para a contratada o desempenho da tarefa operacional, que a faz atuar diretamente, e com relevância, no funcionamento do sistema.

Apesar das justificativas acima para incluir a locação de ativos e a concessão administrativa (para prestação de serviço às empresas estatais) no rol das desverticalizações relevantes no setor, não há dúvidas de que o arranjo institucional será realmente mais complexo quando houver a convivência de duas ou mais operadoras autônomas. É para essas situações que o art. 12 da Lei Federal nº 11.445/2007 previu a relação de interdependência e determinou que os diferentes operadores se submetessem à mesma entidade reguladora, bem como exigiu a celebração de Contrato de Interdependência.

Um exame minucioso e sistemático dessas experiências parece valioso para o amadurecimento do setor até mesmo para corrigir erros, aprimorar as soluções que se revelaram úteis e pensar em novas alternativas. Essa não foi, entretanto, a pretensão deste artigo, tendo sido possível apenas lançar olhar panorâmico sobre alguns desses casos para traçar as considerações pontuais.

Neste sobrevoo, observa-se que nos casos em que se estabeleceu a divisão para um operador prestar os serviços de água, e outro, o de esgoto, foi recorrente a atenção especial dada para a gestão comercial dos serviços, em busca de unificar as tarefas de gerar a fatura de cobrança das tarifas, fazer as leituras dos hidrômetros, manter ou substituir os equipamentos medidores de consumo, atualizar e gerir o cadastro das unidades atendidas, emitir o

documento de cobrança e ainda promover as ações judiciais contra os inadimplentes. Via de regra, tais incumbências foram atribuídas integralmente à empresa privada que ingressava no sistema de saneamento básico, mesmo quanto às etapas do serviço prestadas pela outra operadora.⁴¹

Diante dessa opção, como a tarifa de água é cobrada junto com a tarifa de esgoto, os contratos de interdependência se preocuparam em disciplinar a imediata separação dos valores arrecadados para repassá-los a quem de direito. A solução usual foi designar o próprio banco centralizador para executar essa tarefa por meio de contas segregadas.

São encontradas também com frequência previsões sobre a partilha de custos operacionais de mútuo interesse, como os relacionados à cobrança das tarifas e à reparação dos hidrômetros, entre outras providências.

Considerando-se a redação dos termos contratuais consultados, não se estabeleceu, ao menos como situação recorrente, integração mais efetiva para governança das atividades-fim, tampouco dos planejamentos para as iniciativas e investimentos de maior envergadura sobre as infraestruturas ou sobre os sistemas operacionais.⁴²

Quando muito, notam-se cláusulas a definir procedimentos para integrar questões operacionais mais cotidianas e de interesse comum, como no combate às perdas comerciais (por fraudes ou déficits de cadastramento), no atendimento a pedidos de ligação ou religação na rede, na concepção e execução dos planos de hidrometração e substituição e na interrupção dos serviços. Há também previsões para troca de informações sobre ocorrências operacionais e reclamações dos usuários.

Salta aos olhos que, na prática, os Contratos de Interdependência se destinaram a tratar principalmente de questões pragmáticas com enfoque em aspectos operacionais de interesse comum ou relacionados à arrecadação das receitas, mas que não costumaram avançar sobre a atividade-fim ou sobre a linha de produção dos serviços de água e esgoto.

⁴¹ É o que se observa, por exemplo, nos contratos de interdependência celebrados entre: (i) CEDAE e o Município do Rio de Janeiro; (ii) CEDAE e São João de Meriti; ambos disponíveis em 17/09/2021 no seguinte endereço eletrônico: <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo2/ANEXO-XV-Contratos-de-Interdependencia-Pre-Existentes.pdf>. Oportuno mencionar que os contratos foram celebrados originariamente com os Municípios, havendo previsão para sub-rogação pela futura concessionária. O Contrato de Subdelegação celebrado pela SANEAGO também segue na linha de integrar a gestão comercial.

⁴² Na subdelegação promovida pela SANEAGO, de certa forma o contrato rumou para essa direção ao prever que a SANEAGO e a SUBDELEGATÁRIA elaborariam periodicamente estudos técnicos contendo propostas para a revisão e a compatibilização dos PLANOS MUNICIPAIS DE SANEAMENTO BÁSICO, que serão submetidas ao REGULADOR para análise e parecer, sendo posteriormente submetidas à deliberação dos MUNICÍPIOS.

V. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESVERTICALIZAÇÃO ENTRE A PRODUÇÃO DE ÁGUA TRATADA E A DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA

Após a alteração do Marco Legal em 2020 pela Lei Federal nº 14.026/2021, as duas primeiras grandes experiências de concessões no setor de saneamento básico adotaram modelo novo: a segregação entre as tarefas de produção de água tratada e o abastecimento de água (esta última normalmente a ocorrer com o esgotamento sanitário). Foi a concepção acolhida para a Região Metropolitana de Maceió e para a Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Tal configuração é diferente da situação retratada no tópico anterior na qual a fase de produção de água foi contratada pela própria empresa estadual em regime de concessão administrativa.

Nos dois casos que passamos a examinar, a companhia estadual que operava na Região Metropolitana se manteve nas tarefas de reservação, captação e adução de água bruta até o local de tratamento;⁴³ ou seja, executará as fases necessárias para entregar a água tratada à concessionária que ficará responsável pela distribuição nos domicílios residenciais e comerciais, bem como pela captação, tratamento e destinação final dos efluentes. Assim, verificam-se duas operadoras distintas atuando a partir de prerrogativas próprias, que lhe são conferidas diretamente pelo titular do serviço.

O modelo em questão já era possível antes da Lei Federal nº 14.026/2020, mas ficou delineado, no Direito Positivo nacional, a partir da previsão contida no novo artigo 10-A, § 2º do Marco Legal do Saneamento Básico. Seu enunciado normativo prevê que as outorgas de recursos hídricos detidas pelas empresas estaduais podem ser separadas da operação a ser concedida, mantendo-se as antigas companhias na prestação do serviço público de produção de água tratada.

O comando legal merece alguns esclarecimentos, principalmente sobre a legitimidade e a natureza dessa relação jurídica que confere às companhias estaduais o direito de explorar uma fração do serviço público.

Embora o art. 10-A, § 2º faça referência à outorga de recursos hídricos detida pela empresa estadual para expressar a possibilidade desta pessoa jurídica conservar as atribuições ligadas ao tratamento da água, não há de ser aquele o instrumento a legitimar tal prerrogativa. É ao titular do serviço de água e esgoto que compete delegar a terceiro o direito a promover a produção de água tratada dentro do sistema público de abastecimento; e a delegação necessita ser

⁴³ No modelo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, esse grupo de atividades recebeu o nome de “SERVIÇOS UPSTREAM”.

instrumentalizada por contrato, como preceitua a regra geral do art. 10 do mesmo Diploma Legal.

No caso da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, por exemplo, foi celebrado o Contrato de Produção de Água entre o Estado (na qualidade de representante da Região Metropolitana) e a CEDAE.

Aprofundando a investigação sobre a legitimidade dessa relação, a pergunta que surge é: assiste à lei formal admitir a delegação de serviço público pela via contratual sem prévia licitação? A resposta para esta questão dependerá fundamentalmente do enquadramento dado para o Contrato de Produção de Água, isto é, da definição de sua natureza.

O direito conferido pelo titular do serviço à companhia estadual no sentido de executar e explorar economicamente o serviço público de produção de água configura-se como hipótese de gestão associada de serviço público, relação prevista no artigo 241 da Constituição Federal.

O entendimento aqui adotado é que o Contrato de Produção de Água é, na realidade, uma versão revista e reduzida do contrato de programa, que é admitida – de forma implícita ou mesmo desapercebida - pelo próprio Marco Legal do Saneamento Básico em sua pretensão de compactar a atuação das companhias estaduais dentro daquela parte da linha de montagem do serviço público de abastecimento de água.⁴⁴

⁴⁴ Para não perder o foco deste artigo, não se dará a atenção que merece o debate sobre a inconstitucionalidade da proibição dos contratos de programa preconizada pelo Marco Legal do Saneamento Básico (art. 10). Embora o STF tenha declarado a constitucionalidade das normas que vedam a celebração de contrato de programa no saneamento básico (v. ADI 6.492; ADI 6.536, ADI 6.583 e ADI 6.882), registro o entendimento pessoal de que a previsão fustiga indevidamente o art. 241 da Constituição e, a reboque, o federalismo cooperativo, bem como a autonomia dos Municípios ou, quando for o caso, das Regiões Metropolitanas. À Lei de Diretrizes para o Saneamento Básico é cabível, sim, estabelecer condições para uso do instrumento no setor, complementando as regras gerais aplicáveis ao contrato de programa, sobretudo para estabelecer feição assemelhada às concessões de serviço público (p. ex., regras quanto à viabilidade econômico-financeira, exigências quanto à capacidade do contratado para realizar os investimentos para a universalização dentro dos prazos legais etc.). E mesmo aí, haverá de observar os limites da razoabilidade e da proporcionalidade. De forma alguma lhe assiste exercer opção que a Constituição não lhe conferiu, qual seja, bloquear, *a priori* e em absoluto, o uso de instrumento constitucional destinado a promover o federalismo cooperativo e, com isso, ainda tolher a capacidade de os titulares dos serviços de saneamento básico promoverem sua organização considerado aquela alternativa constitucional. No limite, a lei nacional poderia externar tal vedação diante de algum tipo de ordem lógica inquestionável, atuando apenas como o instrumento que declara no ordenamento jurídico a incompatibilidade daquele instrumento com determinado setor. Mas não se divisa qualquer situação apta a justificar essa conclusão no caso em exame. No artigo **A Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico Mediante Contrato de Programa**, Wladimir Antônio Ribeiro posiciona-se pela

A redação - um tanto confusa - do Marco Legal não obscurece o fato de que o Contrato de Produção de Água possui a natureza de Contrato de Programa, instrumento voltado para práticas do federalismo cooperativo, sendo por isso legítima sua celebração sem prévia licitação.⁴⁵ O entendimento ora professado supera, portanto, até mesmo o obstáculo verificado na redação do art. 175 da Lei Maior,⁴⁶ o qual faz menção expressa e sem ressalvas à licitação como condição para celebração das concessões e permissão de serviço público. Como é de amplo conhecimento, a norma constitucional fomenta acirrada controvérsia sobre a admissibilidade da contratação direta para concessões e permissões de serviço público.⁴⁷

Quanto ao enquadramento do Contrato de Produção de Água como Contrato de Concessão, prefere-se aqui evitar a equiparação plena, tendo sempre parecido esse o posicionamento correto também perante o Contrato de Programa, diante da natureza de instrumento cooperativo que possui, voltado para promover as relações interfederativas.

Não há dúvidas, entretanto, de que em muitos aspectos o contrato em exame se assemelhará à concessão de serviço público, valendo lembrar que a Lei Federal nº 11.107/2005 estabelece para o Contrato de Programa o dever de “atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados”.⁴⁸ O mesmo mandamento se aplica ao Contrato de Produção de Água, o qual, sendo também contrato cujo objeto é a prestação de (parte do) serviço público de saneamento básico, haverá

inconstitucionalidade da vedação aos contratos de programa (GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de; HOHMANN, Ana Carolina (coord.). *Novo Marco Legal do Saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 285-301).

⁴⁵ Já caberia defender o afastamento da licitação pela questão ontológica da relação cooperativa entre os entes federativos, mas nunca é demais lembrar que o art. 24, XXVI da Lei Federal nº 8.666/93 prevê expressamente a dispensa de licitação para contratos de programa. Norma idêntica encontra-se na Nova Lei de Licitações e Contratos (LF 14.133/21, art. 75, XI)

⁴⁶ “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.”

⁴⁷ O afastamento da licitação é admitido por Marçal Justen Filho, ainda que ressaltando a grande excepcionalidade desta alternativa (*in Teoria Geral das Concessões*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 284 a 287); na mesma linha segue Fernando Vernalha Guimarães (*in Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254 e 255). Maria Sylvania Zanella Di Pietro admite a inexigibilidade, mas não a dispensa (*in Parceiras na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 137 e 138). Expressa opinião contrária à contratação direta no campo das concessões de serviço público: Egon Bockmann Moreira (*in Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 51, 57 e 58).

⁴⁸ Art. 11, § 1º.

de observar ainda o disposto no *caput* dos arts. 10-A e 11 da Lei Federal nº 11.445/2007.

A hipótese tratada neste tópico se submete igualmente à regra do art. 12 e parágrafos da Lei de Saneamento Básico, pois se verifica com clareza a condição prescrita no preceito legal: a coexistência de pelo menos dois prestadores que atuam dentro do serviço público de água e esgoto com relação de interdependência.

Em verdade o que o § 2º do art. 10-A qualifica como contrato de longo prazo com objeto de compra e venda de água é essencialmente um Contrato de Interdependência com esse objeto central. E assim foram literalmente chamados os contratos celebrados entre as companhias estaduais e as concessionárias nos casos da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e de Maceió.

Além disso, seguindo o que determina o *caput* do citado artigo 12, ambas as operadoras deverão se submeter à mesma entidade reguladora. Seria inusitado – e uma temeridade - imaginar reguladores distintos, cada qual a zelar por etapa específica dentro da mesma cadeia produtiva que leva ao fornecimento de água tratada à população. A inter-relação aqui é ainda maior do que aquela existente entre o abastecimento de água e o esgotamento sanitário.

Os serviços de água e esgoto se complementam porque a água fornecida nos domicílios é o elemento a partir do qual se origina o esgotamento sanitário. Existe, claro, relação de dependência entre os prestadores, pois se a água não for fornecida a solução para o esgoto não funcionará (ao menos de adequadamente). Por seu turno, o eventual colapso na captação do esgotamento sanitário é capaz de comprometer o fluxo do abastecimento.

Apesar dessa mútua influência, as redes operacionais são distintas; do ponto de vista físico, não são literalmente integradas. Compartilhando-se algumas informações e promovendo-se certos ajustes prévios, o operador responsável pelos efluentes pode trabalhar de forma bastante autônoma em relação ao fornecedor de água e vice-versa. Somente em situações mais extremas as falhas de um prejudicam o outro. Isso, em parte, explica porque os contratos de interdependência celebrados para aquele contexto não conferiram maior unidade às operações em seus elementos centrais, tampouco vincularam as iniciativas mais relevantes (grandes intervenções, investimentos etc.) a uma governança comum.

Já no caso da produção de água tratada e da distribuição dessa água para os domicílios, a dependência é mais visceral, na medida em que a atividade-fim de uma interfere diretamente na outra, o que exige a integração de procedimentos operacionais e controle dos resultados. Aqui os operadores compartilham uma rede fisicamente integrada e participam lado a lado da mesma linha de montagem para entregar o produto final para o consumidor.

Por tudo isso, questões como a manutenção dos equipamentos nos pontos de entrega, a vazão e o volume mínimos do fornecimento, qualidade da água, por exemplo, passam a ser elementos importantes que precisam ser previamente definidos entre os diferentes prestadores com participação do titular e/ou da entidade reguladora.⁴⁹

Torna-se mais imperativo também dotar os contratos de soluções aptas para assegurar a convergência entre os investimentos a serem feitos por cada operador. Há questões que precisarão ser resolvidas conjuntamente – ou ao menos previamente alinhadas – pelos dois atores. Imagine-se, por exemplo, a elaboração e implementação de soluções para aumentar o volume do fornecimento de água, o atendimento de novas áreas para o abastecimento, a criação de estações de tratamento que demandem outros pontos de fornecimento e as respectivas ligações com a rede de distribuição ou mesmo a mudança de tecnologia de controle do sistema que imponha uma série de ajustes aos bens incorporados à operação.⁵⁰

⁴⁹ No caso da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, foi o Contrato de Produção de Água que definiu os seguintes índices próprios para a atividade: qualidade da água, suficiência da produção da água e de duração média das paralisações programadas. E no Contrato de Interdependência ficou estabelecido o volume mínimo de fornecimento para os três primeiros anos após a transferência da operação. Próximo ao fim desse período, as concessionárias deverão apresentar periodicamente a demanda que projetam ter, o que deverá ser analisado pela CEDAE e pela Agência Reguladora. O tratamento é o mesmo no caso da Região Metropolitana de Maceió no tocante ao volume de fornecimento, à exceção dos valores fixados como quantitativos mínimos. Em ambos os Contratos de Interdependência, é posta a obrigação de a qualidade da água atender à Portaria do Ministério da Saúde em vigor.

⁵⁰ Os temos elaborados para a Região Metropolitana Rio de Janeiro definiram os montantes de investimentos das Concessionárias, especificando o valor global atribuído pelo tipo de demanda (por exemplo, construções de coletores de tempo seco, ampliação da rede de abastecimento e esgotamento em áreas não urbanizadas, substituição de rede de esgoto subdimensionada etc.), dividindo esses valores por determinadas áreas geográficas. A ênfase foi no esgotamento sanitário e quando toca a rede de água não é gerada demanda imediata por novos pontos de entrega ou de aumento da produção. Enquanto isso, o contrato de produção de água não especificou investimentos prévios para a CEDAE. Por essas razões, não se divisa, até o presente momento, o desafio maior de garantir a efetiva convergência de ações (entre os diferentes operadores) para dar cabo dos investimentos previstos. No tocante à pauta para o futuro, apenas se delineou a hipótese associada aos investimentos para a eventual necessidade de aumentar a oferta de água tratada. No caso da Região Metropolitana de Maceió, há previsão de investimentos para implantação, ampliação ou melhoria do sistema de produção de água operado pela CASAL, os quais foram integralmente atribuídos à nova concessionária. Esta solução simplifica em certos aspectos a preocupação ora apontada, pois não haverá que se assegurar a sincronia e a efetividade das ações dos diferentes operadores. Como não poderia deixar de ser, há mecanismos de aprovação prévia por parte da CASAL para os projetos de obras relativos à produção de água.

Em verdade, parece forçoso adotar sistema de governança capaz de integrar os diferentes agentes, tanto para as questões cotidianas como para decisões mais estruturais. É preciso assegurar mecanismos de controle eficientes e eficazes para o cumprimento das principais obrigações entre os diferentes prestadores, bem como para monitorar e fazer circular as informações técnicas e operacionais entre todos os envolvidos.⁵¹

Faz-se essencial que as normas regentes de todas as atividades mantenham a coerência e harmonia, não só no início, mas durante todo o tempo das operações. Há de se ter permanentemente em vista que as mudanças em qualquer um dos segmentos - que fatalmente virão em décadas do serviço - poderão afetar o outro. Nessa linha, convém promover uma espécie de gestão integrada em relação aos diferentes contratos celebrados com o titular do serviço e ainda ao contrato de interdependência, sem se perder de vista o mesmo cuidado com a edição de normas regulatórias.⁵²

Pelas limitações naturais que os contratos de concessão possuem para prever o futuro, diante das inúmeras questões que não podem ser antevistas ou dimensionadas, cumpre ao menos estabelecer procedimentos adequados para encaminhar o tratamento das demandas que hoje não se imaginam, mas que surgirão durante as décadas dessa relação contratual (por exemplo, fórum para discussões prévias para tomada de decisões estruturais, formas de resolução de

⁵¹ Na modelagem feita para a Região Metropolitana do Rio de Janeiro foi editado, como Anexo do Edital, o Regulamento do Sistema de Fornecimento de Água, documento voltado especialmente para tratar da governança do sistema. Nele foi previsto o Conselho do Sistema de Fornecimento de Água, composto por representantes do Estado do Rio de Janeiro, das concessionárias, da CEDAE, do Instituto Rio Metrópole e da Agência Reguladora. Há uma relevância central dada ao Centro de Controle de Operações, bem como a inspeções periódicas a serem feitas pela Agência Reguladora. Destacam-se ainda deste documento aspectos sobre a medição do fornecimento de água e os procedimentos para resolver divergências entre os operadores.

⁵² Nos dois casos examinados, a solução para a harmonia e coerência dos diferentes contratos vai em outra linha. Primeiro, se afirmou a relação de negócios jurídicos coligados entre contratos que possuem partes diferentes (por exemplo, Termos de Rescisão entre CEDAE e Municípios, Contrato de Concessão e Contrato de Produção de Águas), o que pode ocasionar confusão e insegurança jurídica. A crítica maior cabe, no entanto, à fixação de hierarquia entre os diferentes contratos. Nessa perspectiva, de acordo com as regras adotadas, o Contrato de Concessão, o Edital e seus anexos, por exemplo, prevalecerão sobre o Contrato de Produção de Água. É claro que existe sempre o argumento pelo qual, se as partes assinaram contratos com esse tipo de previsão, a hierarquia ali assinalada prevalecerá sob o prisma estritamente jurídico. Todavia, a solução, ainda assim, não é satisfatória, por não eliminar a possibilidade de a produtora de água ser surpreendida por mudança do contrato de concessão, sem ter participado ou mesmo tomado ciência dessa negociação. O mais importante é manter a visão holística que permita sempre avaliar se as alterações dos diferentes contratos ou das normas regulatórias mais específicas para uma ou outra atividade impactam o vizinho na linha de montagem.

possíveis conflitos, competências para decidir etc.). A diversidade de atores com interesses distintos é um elemento a mais para reforçar a observação de Flávio do Amaral Garcia no sentido de que “a fixação de uma metodologia procedimental que instrumentalize a mutabilidade se faz imperiosa na regulação dos contratos concessionais”.⁵³

É interessante notar que, nos casos das Regiões Metropolitanas de Maceió e do Rio de Janeiro, os contratos de interdependência evitaram usar o termo tarifa para tratar do valor a ser pago por metro cúbico de água fornecida às concessionárias. Esse encaminhamento, aliado à ausência de qualquer menção à política tarifária.

O fato de a produção de água, nos moldes do § 2º do art. 10-A do Marco Legal do Saneamento Básico, não ter sido enquadrada como concessão de serviço público não se afigura como razão mais provável para tal hesitação. Nos casos de execução por entidade da administração indireta do titular do serviço ou mesmo nos contratos de programa nunca houve constrangimento em utilizar-se o termo tarifa para tratar da contraprestação paga pelo usuário às operadoras estatais que atuavam na distribuição de água e coleta de esgoto. A tarifa inclusive é expressamente prevista na Lei Federal nº 11.107/2005, como forma de remuneração para serviços executados por força de contrato de programa (v. art. 13, § 1º, I).

É mais provável creditar o tratamento legal ao fato de não se estar diante da situação típica para aquela contraprestação do serviço público, que usualmente é paga pelo destinatário final da atividade. Por sinal, na doutrina, o conceito de tarifa muitas vezes é correlacionado à figura do usuário do serviço, considerado este exclusivamente o destinatário final.⁵⁴ Com a devida licença, esta correlação parece ser fruto do olhar condicionado aos tempos da integração vertical e merece ser revisto para se ajustar aos tempos atuais.

Como se nota inclusive nos contratos de interdependência em destaque, o tratamento dado ao preço da venda da água assume toda a feição comum às tarifas. É prefixado no termo contratual e não pode ser livremente redefinido pelas partes que realizam a compra e venda. O controle se dá pelo titular do serviço, havendo cláusulas que preestabelecem o reajuste (fórmula paramétrica nos dois casos) e as condições para revisão para assegurar o equilíbrio

⁵³ Na obra **Concessão, Parceiras e Regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 172. Como esclarece o autor “se não é possível prever todos os tipos de ocorrência que podem afetar o contrato, pode-se cogitar de uma regulação contratual que explicito o *modus operandi* da mutabilidade, fincada a partir dos princípios que materializem valores e assegurem transparência e legitimidade ao processo decisório de construção de soluções dialógicas e consensualmente negociadas. Pode-se aludir que o objetivo principal de uma metodologia própria da mutabilidade estruturada logicamente nos princípios que lhe são aplicáveis é assegurar certa estabilidade na mudança” (idem).

⁵⁴ Ver por exemplo: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (*in* **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 180 e 181);

econômico-financeiro. Não bastasse isso, conceitualmente é possível afirmar que o preço de venda da água é a remuneração decorrente da prestação de serviço público, qualificação essa que se encontra estampada para a produção de água no próprio art. 10-A, § 2º da Lei Federal.

Existem, claro, algumas diferenças relevantes se cotejadas com as condições usualmente vistas nas tarifas. A primeira é que o preço da água remunera uma etapa interna (ou intermediária) na prestação do serviço. A segunda é exatamente que o valor devido não será pago diretamente pelo usuário, mas por outro operador que se encontra à jusante na cadeia de produção do serviço.

Nos modelos concebidos para a Região Metropolitana de Maceió e do Rio de Janeiro, optou-se por promover a secção sobre quem deve pagar a tarifa e sobre quando isso deve ocorrer, de modo a acompanhar mais fielmente a dinâmica da fragmentação do serviço.

A produtora de água é remunerada pela distribuidora em face do volume de entrega do produto e pelo preço apontado no Contrato de Interdependência para essa transação; enquanto isso, a distribuidora recebe sua remuneração do usuário para quem entrega a água no domicílio ligado à rede, de acordo com a tarifa estabelecida no Contrato de Concessão.

Em tese, poderia ter se mantido a solução adotada na divisão entre água e esgoto, qual seja, a tarifa seria cobrada do usuário final e cada operadora receberia do banco arrecadador o seu quinhão. Considerando isto, observa-se que, na prática, dentro do sistema concebido para as Regiões Metropolitanas de Maceió e do Rio de Janeiro, o produtor de água antecipa (e assegura) sua cobrança junto ao distribuidor, o qual cobrará o valor integral pelo serviço do contratante do serviço. O deslocamento verificado não se afigura suficiente para mudar a natureza da remuneração aferida pela operadora responsável pela fase de tratamento.

Se todos esses argumentos não forem suficientes para convencer que o preço de água é uma autêntica tarifa, há outro que parece fatal: na distinção que tradicionalmente existe entre taxa, tarifa e preço público, as outras duas hipóteses ficam muito distantes do regime jurídico aplicado ao preço de venda de água (ALMEIDA, 2009). Então, ou o preço de venda da água será tarifa ou terá que se criar alguma outra espécie de preço estabelecido pela Administração Pública. Note-se que a Lei Nacional do Saneamento Básico, ao tratar da remuneração para os serviços de água e esgoto, não trouxe qualquer inovação

para o tema (art. 29, I)⁵⁵ e, como se viu aqui, não haveria razão para deixar de classificar “o preço de venda da água tratada” como tarifa, a qual, pela particularidade apresentada, caberia ser denominada como tarifa endógena, por incidir dentro da cadeia de operação.

Ainda no tocante à remuneração, um ponto merece especial destaque. Tendo em vista que, nos modelos adotados, a produtora de água não participa da arrecadação da tarifa final e dependerá dos pagamentos de apenas um cliente – ou pouco mais que isso, a depender do número de concessionárias que atender –, parece forçosa a adoção de mecanismos aptos a assegurar a pontualidade e a integralidade dos pagamentos devidos. Situações como contas garantidoras ou mesmo a possibilidade de serem promovidas retenções e repasses a partir da conta centralizadora do recebimento das tarifas tendem a ser medidas adequadas para mitigar os problemas decorrentes do atraso dos pagamentos pelo fornecimento de água tratada.⁵⁶

É imprescindível também existir clareza sobre os bens que integrarão o sistema de cada operadora, fazendo-se partilha que não deixe dúvidas nem de um lado, nem do outro. Em princípio, a linha de corte terá relação direta com os locais de entrega da água; o que estiver à montante estará vinculado à produção de água tratada; o que estiver à jusante ficará atrelado à distribuição de água. Em todo caso, há de se conhecer exatamente as estruturas físicas assumidas por cada empresa, o que permitirá, inclusive, aperfeiçoar as medidas preditivas e preventivas, bem como apurar responsabilidades perante falhas na operação.⁵⁷

Por certo, toda essa situação implica em forte atuação da Agência Reguladora, que deverá editar normas mais específicas para cada parte da

⁵⁵ “Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços, e, quando necessário, por outras formas adicionais, como subsídios ou subvenções, vedada a cobrança em duplicidade de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário, nos seguintes serviços: I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos, conjuntamente;”

⁵⁶ Registre-se que não houve previsão nesse sentido nos modelos fluminense e alagoano examinados.

⁵⁷ Novamente reportando as duas experiências existentes, ficou estabelecido que durante os meses iniciais do contrato, antes da conclusão da fase de operação assistida, as concessionárias apresentariam o inventário dos bens reversíveis que assumiriam. Para tanto, precisariam fazer um levantamento de campo e submeter a lista à apreciação do Poder Concedente (informando também a companhia estadual), devendo a questão, em caso de conflito, ser definida pela Agência Reguladora.

operação (“regulação subsetorial”) e monitorar de forma constante o cumprimento das obrigações por parte das operadoras.⁵⁸

VI. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUBDELEGAÇÃO E SOBRE A CONTRATAÇÃO VIA PPP PELAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO

Com a alteração verificada em 2020, o Marco Legal do Saneamento Básico passou a prever expressamente a hipótese de o prestador de serviços realizar a contratação de parceria público-privada ou ainda a de subdelegar o objeto do contrato (Art. 11-A).⁵⁹ Para a subdelegação foram fixadas as seguintes

⁵⁸ No caso da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, existe um longo rol de atribuições para a Agência Reguladora. No Regramaneto do Sistema de Fornecimento de Águas, definem-se competências do tipo: (i) realizar inspeções ordinárias, a cada 6 (seis) meses, bem como conforme solicitação fundamentada de qualquer das CONCESSIONÁRIAS ou da CEDAE, nas infraestruturas de adução dos BLOCOS, responsáveis pela entrega da água entre as CONCESSIONÁRIAS; (ii) realizar inspeções periódicas a cada 6 (seis) meses, nos reservatórios de água bruta e de água tratada que atendem ao SFA e emitir relatórios sobre a situação da potabilidade da água; (iii) gerenciar o sistema de produção e abastecimento de água da Região Metropolitana quanto aos assuntos relacionados à segurança hídrica, de modo a propor soluções que garantam sua resiliência e mitiguem eventuais déficits futuros; (iv) fiscalizar a coordenação, o gerenciamento e a operação das grandes adutoras pelo CCO e pelas equipes de operação das CONCESSIONÁRIAS, definindo os limites de vazão diária que cada CONCESSIONÁRIA poderá captar para sua distribuição definindo o volume de água que cada CONCESSIONÁRIA deverá garantir que seja entregue às CONCESSIONÁRIAS à jusante da adutora; (v) atuar como instância administrativa definitiva de resolução de conflitos entre as CONCESSIONÁRIAS dos BLOCOS de prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água no sistema da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, e entre essas e a CEDAE, assim como de conflitos que envolvam o INSTITUTO RIO METRÓPOLE; (vi) deliberar sobre a alocação das vazões mínimas diárias de água potável a serem fornecidas pela CEDAE a cada BLOCO, a partir do envio, por cada CONCESSIONÁRIA, do planejamento estimado da demanda necessária a ser fornecida pela CEDAE, levando-se em consideração o contexto hídrico e as informações prestadas pela CEDAE.

⁵⁹ “Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o

condições: haver previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços e ser observado o limite de 25% do valor do contrato.

Quanto às parcerias público-privadas, o dispositivo traz alguns pontos interessantes que justificam rápidos comentários.

Em primeiro lugar, ao facultar ao prestador de serviço a opção de recorrer à contratação por meio de parceria público-privada com base na Lei Federal nº 11.079/2004, o preceito não exclui dessa alternativa a concessionária de serviço público, que normalmente será uma empresa privada.

A situação causa alguma surpresa à primeira vista, pois a Lei de PPP não só foi concebida para alcançar as entidades que integram a Administração Pública, como expressamente assinala tal abrangência.⁶⁰

Todavia, por força de outra lei federal, esse rol pode ser ampliado, inclusive para laçar as empresas privadas que operam concessões de saneamento básico. Além do mais, dada a liberdade de contratação para o setor privado, já não seria normal impedir que pessoas jurídicas de direito privado celebrassem contratos que funcionassem à imagem e semelhança de parcerias público-privadas, ainda que com outro nome.

De toda sorte, não é demais lembrar que as normas dirigidas exclusivamente à realidade das entidades administrativas não serão aplicáveis às concessionárias privadas do saneamento básico, como as exigências de compatibilidade das obrigações contraídas com a lei de diretrizes orçamentárias e de o objeto contratual estar previamente contemplado no plano plurianual.

Voltando ao art. 11-A do Marco Legal, o dispositivo não especifica que tipo de contrato poderá ser celebrado dentro daquele regime especial, isto é, se a concessão patrocinada ou a concessão administrativa. Valendo-se da máxima pela qual onde a lei não distingue, não deve o intérprete distinguir, e principalmente por não se verificar motivo para eliminar uma ou outra modalidade, cabe concluir que as duas modalidades serão possíveis.

Ainda no art. 11-A, a Lei Nacional do Saneamento Básico limita a subdelegação ao patamar de 25% do valor do contrato que será desmembrado, razão pela qual se torna relevante apurar para que situação exatamente se aplica o teto legal.

limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato.” (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

⁶⁰ Art. 1º, parágrafo único - “Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Como defendido aqui, existe distinção entre contratos de programa e contratos de concessão e conseqüentemente isso leva a tratar como ocorrências distintas a subdelegação e a já mencionada subconcessão imprópria.⁶¹ Desta forma, se a redação legal refere-se apenas à subdelegação, em princípio não está a alcançar o outro instituto que é a subconcessão tratada no art. 26 da Lei Geral de Concessões.

Essa linha de interpretação se reforça com a leitura do § 3º do art. 11-A, o qual veda “subconcessões ou subdelegações que impliquem sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final”. Portanto, a Lei reconhece a diferença entre os dois termos e se empregou ambos no § 3º, mas não utilizou um deles no *caput* do próprio artigo, é porque não queria mesmo alcançar o outro na regra central.

Todavia, aqui ocorre então uma pergunta que altera a sorte do preceito legal examinado: há razões objetivas para delimitar a subdelegação de contratos de programa ao montante de 25% do valor daquele contrato e deixar as subconcessões ilimitadas quanto a esse aspecto quantitativo?

Refletindo sobre o tema, não se conseguiu alcançar justificativa idônea para conferir, em escala nacional, ampla liberdade para se proceder à subconcessão a partir de Contrato de Concessão no setor de saneamento básico e delimitar significativamente a subdelegação a partir de Contrato de Programa.

O Congresso Nacional possui amplo poder para definir regras, mas não pode tudo. Não lhe assiste, por exemplo, criar tratamentos distintos sem razões de ordem objetiva, sob pena de violar a necessária igualdade na lei, pressuposto básico do princípio da igualdade e isonomia determinado pela Constituição Federal, à qual deve obediência.

Além do vício decorrente do tratamento anti-isonômico, verifica-se também violação à autonomia dos Municípios e das Regiões Metropolitanas, os quais, na qualidade de titulares do serviço, detém, em princípio, a prerrogativa de estabelecer as condições para empregar a subconcessão ou a subdelegação, não se divisando razão de ordem lógica para este assunto ser tratado de modo uniforme em todo o país. Nessa linha, entende-se pela inconstitucionalidade do limite fixado para a subdelegação no contrato 11-A.

⁶¹ Com o devido respeito, diverge-se aqui do posicionamento de que não haveria qualquer diferença ontológica entre a subdelegação e a subconcessão mencionadas no art. 11-A da Lei Federal nº 11.079/2004, entendimento esse firmado por Augusto Neves Dal Pozzo e Renan Marcondes Facchinatto no artigo **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico e os modelos de emparceiramento com a iniciativa privada: a Concessão e a Parceria Público-Privada**, publicado na obra **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico** (São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020, p. 403 a 406).

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A divisão das etapas que formam os serviços de água e esgoto para atribuir a prestação parcial a diferentes agentes tem sido adotada há alguns anos nos serviços públicos de água e esgoto. No entanto, essa desintegração vertical ou desverticalização segue a apresentar enormes desafios, alguns dos quais foram demonstrados neste artigo.

É indispensável a avaliação acerca dos aspectos positivos e negativos de cada opção posta. Permita-se aqui voltar às noções gerais sobre verticalização e desverticalização no meio empresarial, que retratam não existir aprioristicamente a melhor solução para produção de bem ou serviço. Michael E. Porter (2021) ressalta que a decisão de integração vertical precisa ir além da estimativa das economias de custos proporcionadas em confronto com os investimentos requeridos, declarando ainda o seguinte:

“Essa decisão deve extrapolar uma simples análise de custos e investimentos necessários, considerando os problemas estratégicos mais amplos da integração em comparação com o uso de transações de mercado, bem como alguns desconcertantes problemas administrativos que surgem na administração de uma entidade integrada verticalmente e que podem afetar o sucesso dessa empresa. Esses problemas são dificilmente quantificáveis. A magnitude e a relevância estratégica dos benefícios e dos custos da integração vertical, tanto em termos econômicos diretos quanto indiretamente por meio de sua influência sobre a organização, constituem a essência da decisão” (PORTER, 2021, p. 340)

Com as devidas adaptações, calha aplicar as considerações acima para os serviços público de água e esgoto. É fundamental entender que, diferentemente do que ocorreu no histórico da desverticalização nos serviços públicos, esta não servirá para promover o regime concorrencial, em face do monopólio natural verificado no setor em exame. Descartada a principal razão de ser para desintegrar os serviços públicos de energia e de telecomunicações, cumpre buscar elementos próprios para orientar a ponderação dos fatores e iluminar a decisão final no contexto do saneamento básico.

Sem a pretensão de sistematizar as questões a serem examinadas pelas autoridades competentes, devem ser aferidas, de um lado, as vantagens da verticalização (possibilidade de compensação interna entre os custos das diversas fases de produção capaz de gerar maior autossustentabilidade, redução dos custos de transação, maior simplicidade na organização, regulação e no controle institucional diante da existência de um só operador etc.) e suas

desvantagens (maior alavancagem operacional, forte concentração dos riscos, desincentivo à melhoria da cadeia produtiva por causa da “venda cativa” etc.); e, do outro lado, os aspectos positivos da desverticalização (estrutura empresarial mais enxuta; maior dedicação/qualificação sobre cada etapa da produção, diluição dos investimentos e dos riscos entre diferentes agentes etc.) e os negativos (maior dificuldade para viabilizar a sustentabilidade econômica de cada parcela concedida, aumento dos custos de transação, maior complexidade na organização e no controle institucional etc.).

Como dito anteriormente, a solução escolhida haverá de se mostrar compatível com os objetivos e diretrizes aplicáveis aos serviços de água e esgoto e ainda assegurar a viabilidade pelo ângulo técnico-operacional e também pelo prisma econômico-financeiro. Frise-se, os fatores técnicos e econômicos não exaurem a avaliação que deve preceder à decisão sobre o modo de produção do serviço, mas exercem papel importante sobre a construção do modelo, não podendo ser ignorados.

A finalidade deste artigo foi, sobretudo, diagnosticar que o caminho está sendo percorrido por alguns agentes e examinar os principais aspectos jurídicos das alternativas em curso.

Na realidade, a principal conclusão aqui é que o tema está a merecer mais e melhores reflexões e por diferentes óticas, notadamente pelo viés operacional, econômico, administrativo e jurídico. Somente assim haverá mais elementos para aferir se e quando vale a pena partir para a desverticalização.

O esforço empregado pelo autor terá valido muito a pena se ao menos tiverem sido formuladas questões jurídicas que contribuam para o debate de ideias e, acima de tudo, para a busca de soluções reais, a fim de que o Brasil consiga resolver no Século XXI um problema que, entre nós, já deveria ter sido resolvido no Século XX.

Ainda é difícil examinar os dados do saneamento básico e manter o otimismo de que vamos em breve cumprir satisfatoriamente os objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil, como a proteção ao meio ambiente, a proteção à saúde, a promoção do desenvolvimento urbano para garantir o bem-estar dos habitantes da cidade e a disponibilização de moradias dignas.

Mais duro ainda é olhar para uma parte expressiva das nossas cidades e ver o quanto ainda não conseguimos fazer nesse sentido. Mas é exatamente esse gosto amargo que não há de nos deixar parados no meio do caminho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, A. **Tarifas e as Demais Formas de Remuneração dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- AMATO NETO, J. **Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação**. RAE-Revista de Administração de Empresas, v. 35, n. 2, mar-abr, p.33-42, 1995.
- ARAGÃO, A. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CASTELS, M. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- COASE, R. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2017.
- COUTO E SILVA, A. **Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares: Serviço Público à Brasileira**. Revista de Direito Administrativo nº 230, 2002.
- DAL POZZO, A. e FACCHINATTO, R. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico e os modelos de emparceiramento com a iniciativa privada: a Concessão e a Parceria Público-Privada**, in **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020.
- FAORO, R. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. Vol 2, Ed Globo: São Paulo, 2000.
- GARCIA, F. **Concessão, Parceiras e Regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- GRAU, E. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GROTTI, D. **Evolução da Teoria do Serviço Público: Tomo Direito Administrativo e Constitucional**. 1ªed: 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em 18 set 2021.
- GROTTI, D. **A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico** in DAL POSSO, A. et al. **Tratado sobre o Marco Regulatório no Saneamento Básico**. São Paulo: Ed Contracorrente, 2017.
- GUIMARÃES, F. **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PIETRO, M. **Parceiras na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2006.

- HARVEY, David. **A Condição Pós-Moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- HOBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções**, São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- JUSTEN FILHO, M. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- LOBO, C. **Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência**. Ed. Almedina: Coimbra, 2009.
- MADEIRA, R. **O Setor de Saneamento Básico no Brasil e as Implicações do Marco Regulatório para a Universalização do Acesso**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 33, p. 123-154, jun. 2010. Disponível: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/4782/1/RB%2033%2000%20setor%20de%20saneamento%20b%20c3%20a%20sico%20no%20Brasil_P.pdf. Acesso em 26 out 2021.
- MARQUES NETO, F. **A Nova Regulação do Serviço Público**. Revista de Direito Administrativo nº 228, 13-30.
- MARQUES NETO, F. **As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental**. in SUNDFELD, C. (org) **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARQUES NETO, F. Cunha, C. **O Contrato de Locação de Ativos e a Implementação de Infraestrutura para o Saneamento Básico** in DALL POZZO, A. et al. **Tratado sobre o Marco Regulatório no Saneamento Básico**. São Paulo: Ed Contracorrente, 2017.
- MOREIRA, E. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- PAULINO, A. **A Trajetória da Regionalização dos Serviços Públicos de Água e Esgoto**. In **Marco Regulatório do Saneamento Básico – Lei nº 14.026/2020**. Brasília (DF): Ed OAB, 2021.
- PORTER, M. **Estratégia Competitiva - Técnicas Para Análise de Indústrias e da Concorrência**. São Paulo: Atlas, 2021.
- RIBEIRO, W. **Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico Mediante Contrato de Programa** in HOHMANN, A. et al. **Novo Marco Legal do Saneamento**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- SÁ, E. **A Privatização do Setor Elétrico na Inglaterra e Reflexões para o Caso Brasileiro**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. [127]-150, jun. 1995.

SANTOS, G.R.; KUWAJIMA, J.I.; SANTANA, A.S. **Regulação e Investimento no Setor de Saneamento no Brasil: Trajetórias, Desafios e Incertezas.** Brasília: IPEA, 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2587_subs.pdf. **Regulação e Investimento no Setor de Saneamento no Brasil: Trajetórias, Desafios e Incertezas.** Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2587_subs.pdf. Acesso em 18 set 2021.

ROSITO, C. **Do PLANASA ao PLANASB – Os últimos 50 anos da água e do esgoto no Brasil.** Disponível em: <https://www.sgpam.com.br/artigos/do-planasa-ao-plansab-os-ultimos-50-anos-da-agua-e-do-esgoto-no-brasil>. Acesso em 18 set 2021.

SOUTO, M. **Direito Administrativo da Economia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUNDFELD, C. **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas** in SUNDFELD, C. (org) **Parcerias Público-Privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, C. **O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro.** Revista de Direito Administrativo n° 242, 109-118.

WOMACK, J. et al. **The Machine That Changed the World.** New York: Free Press, 2007.

**Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório**

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsrb@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>