

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO SANEAMENTO**

DANIEL HENRIQUE DE SOUSA LYRA

**SUBSÍDIOS ÀS TARIFAS DOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE
ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO: CONCRETIZAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**BRASÍLIA,
DEZEMBRO 2015**

DANIEL HENRIQUE DE SOUSA LYRA

**SUBSÍDIOS ÀS TARIFAS DOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E
ESGOTAMENTO SANITÁRIO: CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação de Pós-Graduação stricto sensu do
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP),
como requisito parcial para a obtenção do título
de especialista em Direito do Saneamento.
Orientadora: Prof. Elizabeth Costa de Oliveira

**BRASÍLIA,
DEZEMBRO 2015**

DANIEL HENRIQUE DE SOUSA LYRA

**SUBSÍDIOS ÀS TARIFAS DOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E
ESGOTAMENTO SANITÁRIO: CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação de Pós-Graduação stricto sensu do
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP),
como requisito parcial para a obtenção do título
de especialista em Direito do Saneamento.

Brasília, 05 de dezembro de 2015.

COMISSÃO JULGADORA

Prof. Elizabeth Costa de Oliveira (Orientadora)
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. Msc. Hector Luis Cordeiro Vieira (Avaliador Interno)
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Dedico aos meus pais, José Carlos e Rute, essências do meu ser, pela educação e apoio constante. À Helena, tutora do meu coração, pelo incentivo, companheirismo e amor sempre presentes. Aos meus filhos amados, Miguel e Mariana, essências do meu amor.

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

Rui Barbosa

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo principal debater a necessidade de aplicação de subsídios às tarifas para Municípios que não possuam capacidade de pagamento suficiente para permitir a existência de contratos de prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário equilibrados econômica e financeiramente. A Lei 11.445 de 2007 previu uma alteração no entendimento jurídico da aplicação dos subsídios cruzados, pois após decisão do Supremo Tribunal Federal, a titularidade dos serviços de interesse comum, incluindo o saneamento básico nas Regiões Metropolitanas, Microrregiões e Aglomerações Urbanas não é mais exclusiva dos Municípios. Assim, devem ser encontradas novas alternativas para suprir o déficit apresentado em localidades cujos usuários não possuem capacidade de pagamento compatível com a autossustentação econômico-financeira, e em que ponto a ausência de alternativas implica na violação de direitos fundamentais, através de pontos de extrema validade para a compreensão do tema, que auxiliarão na busca por soluções alternativas aos subsídios cruzados, de modo a manter a prestação de serviços essenciais mesmo sem a capacidade de pagamento de alguma população pertencente à localidade pobre ou pequena.

Palavras-chave: Saneamento básico. Subsídio. Tarifa. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This monograph aims to discuss the need to apply subsidies to tariffs for municipalities that do not have sufficient ability to pay to allow the existence of contracts for the provision of water supply and sewage balanced economic and financially. The law 11.445 of 2007 predicted a change in the legal understanding of the application of cross-subsidy because after decision of the Supreme Court, the ownership of common interest, including sanitation in the metropolitan areas, Microregions and Urban Agglomerations is no longer exclusive to Counties. They should therefore be found new alternatives to meet the deficit presented in locations whose users have no ability to pay consistent with the economic and financial own sustainability, and at what point the absence of alternatives implies the violation of fundamental rights, through points of extreme validity for the understanding of the subject, which will help in the search for alternative solutions to cross-subsidization in order to maintain the delivery of essential services even without the ability to pay some population belonging to the poor or small town.

Keywords: Sanitation. Subsidies. Price. Fundamental right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 SANEAMENTO BÁSICO E LEI Nº 11.445/2007: A LEI DE DIRETRIZES NACIONAIS PARA O SANEAMENTO BÁSICO E SUAS INOVAÇÕES.....	11
1.1 O serviço público de saneamento básico: conceito legal e seu histórico no Brasil.....	11
2 O FEDERALISMO, OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO NAS REGIÕES METROPOLITANAS E O MODELO DE GESTÃO ESTADUAL DA PRESTAÇÃO.....	18
2.1 A disputa de competência entre Estados-membros e Municípios	19
2.2. O modelo de gestão oriundo da cooperação interfederativa nas Regiões Metropolitanas diante da decisão do Supremo Tribunal Federal.....	22
3 OS SUBSÍDIOS SOB A ÓTICA DO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO.....	27
3.1 Subsídios para concretização de direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vida, saúde, meio ambiente equilibrado, moradia.....	31
3.2 Espécies de subsídios da Lei Nacional de Saneamento Básico.....	38
3.3 Os subsídios às tarifas na regulação, a fixação das tarifas módicas e o equilíbrio econômico financeiro dos contratos.....	44
4 ALTERNATIVAS AOS SUBSÍDIOS CRUZADOS PARA GARANTIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	48
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste estudo é debater a necessidade de aplicação de subsídios às tarifas para Municípios (localidades) cujos usuários não possuam capacidade de pagamento suficiente para permitir a existência de contratos de prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário equilibrados econômica e financeiramente, com foco na análise dos subsídios cruzados.

A Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, de nº. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, previu uma alteração no entendimento jurídico da aplicação dos subsídios cruzados, pois após decisão do Supremo Tribunal Federal, a titularidade dos serviços de saneamento básico passou a ser reconhecida aos Municípios, fora as Regiões Metropolitanas, Microrregiões e Aglomerações Urbanas, criadas por meio de Lei Complementar estadual, caso em que se torna compartilhada a gestão.

A previsão dos subsídios é bastante presente na Lei nº. 11.445/2007, mencionando que são instrumentos econômicos de política social para viabilizar a manutenção e continuidade de serviço público, com o objetivo de universalizar o acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda, para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

Ora, a referida norma jurídica enfatiza um importante princípio nominado de fundamental, qual seja, o da sustentabilidade econômica e financeira para o contrato de prestação do serviço público, o que significa as atividades praticadas devem ser todas remuneradas, seja pelo usuário ou pelos entes da Federação.

Acontece que dentre as espécies de subsídios previstas pela legislação depende da anuência do Município patrocinador, qual seja, o subsídio cruzado, quando o superávit de arrecadação das tarifas de um ente é utilizado para a cobertura do déficit de outro. Desta maneira, o que fazer nestas situações? Como preservar os direitos fundamentais inerentes ao direito de acesso ao saneamento básico diante de uma possível rejeição? Eis o problema a ser solucionado.

Assim, devem ser encontradas novas alternativas para suprir o déficit apresentado em localidades que não possuem capacidade de pagamento compatível com a autossustentação econômico-financeira, e em que ponto a ausência de alternativas implica na violação de

direitos fundamentais. Isto porque a prestação de um serviço público de saneamento básico parte da ideia inicial de autossustentabilidade do empreendimento.

Desta forma, serão discutidos temas ligados ao marco regulatório do saneamento básico inerentes à pesquisa proposta, explicando o novo conceito legal dos serviços públicos de saneamento básico bem como a sua evolução histórica no Brasil.

Além disto, para uma melhor compreensão da aparente impossibilidade jurídica de aplicação dos subsídios cruzados às tarifas, ver-se-á uma breve análise do Federalismo brasileiro, com enfoque na governança metropolitana e a gestão estadual da prestação dos serviços, de modo que serão investigadas as históricas disputas de competência entre Estados-membros e Municípios quanto à titularidade, bem como dissertado o modelo de gestão oriundo da cooperação interfederativa nas Regiões Metropolitanas diante da decisão do Supremo Tribunal Federal em 2013.

Ainda, importante um olhar para os subsídios segundo a Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, com as suas espécies e implicações da ausência de sua aplicação na concretização dos direitos fundamentais, além da incumbência regulatória, e fixação de tarifas módicas, de modo a compatibilizar com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviços públicos.

Enfim, são pontos de extrema validade para a compreensão do tema, que auxiliarão na busca por soluções alternativas aos subsídios cruzados, de modo a manter a prestação de serviços essenciais mesmo diante da ausência da capacidade de pagamento de parcela da população pertencente à localidade pobre ou pequena.

1 SANEAMENTO BÁSICO E LEI Nº 11.445/2007: A LEI DE DIRETRIZES NACIONAIS PARA O SANEAMENTO BÁSICO E SUAS INOVAÇÕES

A grande referência para todas as discussões postas em análise é sem dúvida o advento, em 2007, da Lei de Diretrizes Nacionais¹ para o Saneamento Básico, de nº 11.445. Assim, é preciso estudar as suas essências, principalmente as inovações, para que se possa concluir mais a contento sobre a aplicação dos subsídios às tarifas dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Para isto, serão vistos o conceito legal e seu histórico no Brasil, o que permitirá um melhor entendimento das experiências passadas, principalmente na utilização já tradicional do subsídio cruzado.

1.1 O serviço público de saneamento básico: conceito legal e seu histórico no Brasil

Saneamento básico é o “conjunto de medidas higiênicas aplicadas especialmente na melhoria das condições de saúde de uma determinada localidade”². O vocábulo saneamento quer dizer qualidade de vida. Assim, saneamento ambiental, segundo Gilka da Mata Dias, citando a Lei nº 11.445/2007, é “o conjunto de medidas destinadas a melhorar as condições de vida do homem, com vistas a garantir um ambiente saudável para o seu dia-a-dia”³. Para a mesma autora⁴, “entre todas as atividades relativas ao saneamento ambiental, algumas delas são consideradas principais e devem ser ofertadas à coletividade como essenciais, razão pela qual são denominadas de básicas”. É o mínimo que se pode exigir: prestações positivas do Estado, por meio de políticas públicas.

Durante muito tempo, no Brasil, o serviço público de saneamento básico rogava por um marco regulatório específico, momento onde são definidas regras para normatizar determinado setor. Tem como objetivo, este marco, o estabelecimento de critérios básicos, para dar segurança jurídica aos consumidores, aos investidores e à própria Administração

¹ A ordem jurídica de um Estado Federal compõe-se de normas centrais válidas para o seu território inteiro e de normas locais válidas apenas para porções desse território. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 309-310.

² BRUNONI, Nivaldo. **A tutela das águas pelo Município**. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Águas – aspectos jurídicos e ambientais*. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 103.

³ DIAS, Gilka da Mata. **Cidade sustentável – fundamentos legais, política urbana, meio ambiente, saneamento básico**. Natal: Ed. do Autor, 2009. p. 65.

⁴ *Ibidem*, p. 66.

Pública, no firmamento de contratos de prestação dos serviços, atualmente denominados de contratos de programa ou de concessão, dependendo da relação jurídica das partes envolvidas.

A Lei nº 11.445/2007 o definiu, dividindo-o, e assim abrindo a possibilidade de contratação, planejamento e regulação/fiscalização fragmentados. Neste sentido, o saneamento básico engloba os serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e de drenagem de águas pluviais. Além dos serviços postos na referida lei, compreende saneamento⁵: o controle de insetos e roedores, o controle dos alimentos, o controle da poluição ambiental. Não fazem parte, entretanto, do conceito legal.

Visto o conceito, para que se dê melhores soluções para os problemas atuais do saneamento básico, incluindo as questões tarifárias, devem-se procurar as experiências do passado. Daí, fundamental uma descrição histórica.

O serviço público de saneamento básico tem o seu processo histórico no Brasil dividido em três períodos: até o ano de 1970; o período compreendido entre 1970 e 1990; e o período posterior ao ano de 1990 até o momento presente. O divisor de águas é o Plano Nacional de Saneamento, PLANASA.

O primeiro período histórico relevante do saneamento básico no Brasil teve como gênese a década de 30 do século passado. Até então, o sistema era muito precário, quando o abastecimento de água, por exemplo, era realizado com a utilização corrente de chafarizes, bicas públicas, soluções individuais. Desde o período colonial, este serviço público esteve sob a responsabilidade dos Municípios, e sua gestão atrelada ao Ministério da Saúde⁶.

Uma das grandes características da primeira metade do século XX foi o crescimento acelerado das cidades, com constantes êxodos rurais. Esta expansão urbana clamava por um investimento mais considerável no setor, visto que se tratava de um período higienista⁷.

Em 1934 tem-se o advento do Código das Águas, por meio do Decreto Federal nº 24.643, um marco na regulação das águas no Brasil. Neste Código, dos Municípios eram as águas que estivessem situadas, exclusivamente, em seus territórios⁸, competência esta também presente nas Constituições de 1934 e 1937. A Carta de 1946, todavia, ampliou o domínio do Estado-Membro. O Código de Águas ficou superado, assim, por incompatibilidade constitucional.

⁵ *Idem Ibidem*

⁶ DEMOLINER, Karine Silva. **Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

⁷ DIAS, Gilka da Mata. *Op. Cit.*, p. 88.

⁸ Art. 29, III, do Decreto 24.643/34.

Em 1940 é criado o Departamento Nacional de Obras e Saneamento (DNOS), e em 1942 o Serviço Especial de Saúde Pública (SESP), ambos no âmbito federal.

Como visto, os Municípios foram tradicionalmente os responsáveis pela organização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário, com a participação da iniciativa privada. A estatização dos serviços decorreu da péssima atuação das empresas privadas (nas quais prevalecia o capital estrangeiro) na realização dos investimentos acordados. “Apenas duas empresas resistiram à encampação: a City of Rio de Janeiro, que manteve o contrato até 1947, e a City of Santos, até 1953”⁹.

No ano de 1941, a União assume um papel mais coordenador e fiscalizador, e menos executivo em matéria de política de saneamento. A partir da década de 1950 é imposta a separação entre saúde e saneamento, fazendo com que este ganhasse maior autonomia por meio da gestão autárquica e com as empresas de economia mista. Assim ocorreu, pois havia muitas críticas à atuação da Administração Direta, ante a intensa burocracia e morosidade, incompatíveis com os desafios da urbanização crescente.

A década de 50 ficou marcada pelo advento de Serviços Autônomos de Água e Esgoto (SAAEs), em forma de órgãos autárquicos dos Municípios. Em 1952, surgiu o Serviço Especial de Saúde Pública (atual Fundação Nacional de Saúde – FUNASA). No final desta década, surgem as primeiras empresas de economia mista para o setor de saneamento.

Adota-se, com esta autonomia da Administração Indireta, o modelo baseado na autossustentação tarifária, com a edição, no ano de 1953, do Primeiro Plano Nacional de Financiamento para Abastecimento de Água. Nos períodos pretéritos, as tarifas eram embutidas nos impostos, o que não trazia equilíbrio econômico-financeiro nas prestações do serviço.

Houve, então, o declínio dos serviços prestados pelos Municípios, eis que predominavam as soluções individuais, com poucas captações de água, deficiência e defasagem tecnológica/operacional, além de um processo de urbanização que extrapolava o âmbito municipal. Tanto é que, antes desta explosão urbanística, muitas das cidades que atualmente enfrentam grandes problemas de acesso à água, eram universalizadas no atendimento público.

No ano de 1962 surge a primeira companhia estadual, a CASAL¹⁰, do Estado de Alagoas. 1964 é o ano da criação do Banco Nacional da Habitação (BNH)¹¹, gestor do Fundo

⁹ CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico** – Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 107.

¹⁰ Lei Estadual n. 2.491/62.

de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, que financiava o setor (tendo este fundo até os dias atuais grande importância), e o Conselho Nacional de Saneamento (COSANE), por meio da Lei nº 5.318 de 26 de setembro 1967. Em 1968 foi criado o Sistema Financeiro do Saneamento (SFS), gerido pelo BNH.

Em 1969, com o Plano de Metas e Bases para a Ação do Governo, embrião do PLANASA, foi objetivada a operação dos sistemas de águas e redução de seu custo operacional por um mesmo concessionário, por meio de um conjunto integrado de sistemas.

Eis agora a segunda etapa histórica. No ano de 1971, durante o VI Congresso Brasileiro de Engenharia Sanitária, criou-se o Plano Nacional de Saneamento, o PLANASA, um verdadeiro marco de transformação do saneamento básico brasileiro. Seus recursos eram oriundos do FINANSA (BNH/FGTS – depósitos -, créditos de instituições brasileiras ou internacionais, Fundo de Financiamento para Saneamento – FINASE, criado em 1967); dos FAE (Fundos Estaduais de Água e Esgoto) e das tarifas pagas pelos usuários. Estas, assim, não possuíam em sua composição recursos para todos os investimentos necessários.

Nesse contexto, surgiu até então o principal instrumento da política nacional do setor de saneamento durante o regime militar: o PLANASA, cujas principais diretrizes eram: (i) universalizar a cobertura dos serviços de água e esgoto, eliminando o déficit de abastecimento; (ii) promover a autossustentabilidade financeira do setor, oferecendo financiamento por meio de recursos estaduais (Fundos de Água e Esgoto – FAEs) e federais (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço); (iii) equilibrar receita e despesa das companhias, permitindo subsídios cruzados dentro da área de atuação de cada empresa; (iv) promover a gestão empresarial nas companhias estaduais de saneamento; (v) centralizar a gestão superior da Política Nacional de Saneamento junto ao BNH; (vi) abordar a viabilidade de cada sistema no âmbito estadual e não municipal.

Antes da adoção do Plano Nacional, havia sido iniciado o processo de criação das Companhias Estaduais de Saneamento (CESBs), e posteriormente o PLANASA apoiou este modelo, com o formato de sociedades anônimas, que passaram a ter autonomia no tocante a tarifas, investimento, planejamento, em um momento em que o serviço de saneamento passa a ser um fator de desenvolvimento, ante o processo de ocupação urbana desenfreado. O projeto foi audacioso, tendo o saneamento básico atingido os melhores patamares da história do Brasil, permanecendo a sua estrutura até os dias atuais (ainda que em declínio, em algumas regiões brasileiras). A prioridade era o serviço de abastecimento de água. Por este motivo é

¹¹ Lei 4.380/64.

que o serviço de esgotamento sanitário apresenta uma menor cobertura, atualmente, do que o de fornecimento de água.

Naquela época, os Municípios não tinham força de ente federados, por isso não tinham mais estrutura nem capacidade técnica e financeira suficientes para prestarem os serviços a contento. Neste sentido, acreditou-se que uma empresa estadual poderia lograr maior êxito na gestão dos serviços nos Municípios. Ademais, este modelo permitia o uso constante de subsídios cruzados, de modo que sistemas superavitários amenizavam a situação dos deficitários, fato este que até os dias presentes o Brasil vivencia. Este ponto é de fundamental importância para o entendimento do caso presente, eis que abolido este modelo já acostumado pelas empresas estaduais, a autossustentação dos Municípios deficitários torna-se de difícil solução.

Em 1978, é criada a Lei nº 6.528, de 11 de maio, que dispunha sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento. No mesmo ano, o Decreto nº 82.587 de 06 de novembro, regulamentando a Lei nº 6.528. Tal norma foi de extrema importância para os subsídios cruzados.

Vieram os anos 80 e com estes uma forte crise econômica, com a utilização das tarifas das Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs) como instrumento de política monetária, o que avassalou o plano. O modelo financeiro brasileiro teve uma desestruturação, em virtude do arrocho salarial, desemprego, acarretando a diminuição brusca dos recursos do BNH.

Em 1985, é criado o PROSANEAR, com o intuito de reforçar o caráter de serviço público do saneamento, com prioridade para atender a população de baixa renda com financiamento a fundo perdido. Nesta mesma década, o BNH foi incorporado pela Caixa Econômica Federal e o PLANASA foi extinto, muito pela ampliação da autonomia dos Municípios conferida pela Constituição Federal de 1988.

A última fase teve início na década de 90, quando houve uma grande reforma administrativa, no intuito de adaptação ao novo texto e contexto constitucional. Tudo gerado pela onda do capitalismo financeiro e da globalização. Em 1990 há a criação da Fundação Nacional da Saúde. Também nesta década, surge o Plano de Modernização do Setor de Saneamento, criado pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada, para a promoção da universalização dos serviços de saneamento, e a Secretaria Nacional de Saneamento, que passou pelo Ministério da Ação Social, Ministério do Bem-Estar Social, Ministério do Planejamento e Orçamento. Atualmente, o Ministério das Cidades agrega esta Secretaria. Em

1995, cria-se o Serviço Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), importante instrumento de gestão.

Murmúrios acerca da privatização do setor se deram com as Leis Federais nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 e 9.491 de 11 de setembro de 1997, frutos da onda neoliberal que tanto influenciou os serviços públicos no Brasil. No ano de 2005, adveio a Lei nº 11.107, que deu regras aos consórcios públicos, trazendo o novo modelo contratual para os serviços públicos cooperados: contrato de programa. Em 2007, enfim, foi criada a Lei Federal nº 11.455, considerado o novo marco regulatório do saneamento básico. Em seguida, discutiu-se acerca da autorregulação da lei. Ou seja, se era necessário um decreto regulamentador, que apenas veio a ser criado em 2010, o Decreto nº 7.217, de 21 de junho, com texto extremamente repetitivo em relação à lei ordinária). Atualmente, o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) possui recursos que podem ser utilizados na melhoria do serviço de saneamento básico.

O saneamento básico como política pública retornou com grande impulso principalmente após o advento da Lei nº 11.445/2007, sendo implantado de forma gradual e progressiva. Não deveria nunca ter saído da vitrine política brasileira, uma vez que é indispensável ao homem e às outras formas de vida, tendo como objetivo a garantia de um ambiente com as condições de proporcionar um “bem-estar físico, mental e social, ou seja, a sua saúde”¹².

Isto porque o setor estava em uma crise, por alguns fatores¹³: declínio dos investimentos em infraestrutura de base na recente história brasileira; extinção das grandes linhas de financiamento, notadamente as federais, tornando impossível o atingimento das metas de implantação dos serviços; crise na implantação dos serviços municipais em todo o país, principalmente em virtude de dificuldades de gestão.

A crise se deu, inclusive, e notadamente, no antigo modelo PLANASA, com sua incompleta implantação, precariedade, ausência de regulação, tendo sido a maior “responsável por diversos prestadores de serviços terem se transformado em organizações fechadas, muitas vezes geridas de forma temerária, com tarifas e planos de investimentos sem transferência”¹⁴, gerando, a partir do início da década de 90, a insatisfação com o prestação dos serviços e a

¹² MOTA, Suetônio. **Introdução à engenharia ambiental**. 3ª ed. Rio de Janeiro: ABES, 2003. p. 239.

¹³ PICININ, Juliana de Almeida; COSTA, Camila Maia Pyramo. **A gestão associada de serviços públicos de saneamento básico à luz do art. 241 da Constituição Federal e das Leis Federais n. 11.107/05 e n. 11.445/07**. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 6. N. 72, p. 38-57. Dez 2007. Editora fórum. p. 39.

¹⁴ MUKAI, Toshio (Org.) **Saneamento Básico: diretrizes gerais. Comentários à Lei n. 11.445 de 2007**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. ix.

tentativa de retomada dos mesmos pelos Municípios (ainda que indevidamente), concedendo-os à iniciativa privada ou os prestando diretamente.

Como se vê, a problemática da ausência de capacidade de autossustentação tarifária dos Municípios tem a sua explicação histórica, de modo que o extinto modelo PLANASA permitia dar solução ao caso, ao contrário do que aparentemente o novo marco regulatório apresenta.

2 O FEDERALISMO, OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO NAS REGIÕES METROPOLITANAS E O MODELO DE GESTÃO ESTADUAL DA PRESTAÇÃO

Para que se entenda a aparente impossibilidade da adoção de subsídios cruzados sem a anuência do Município superavitário, fora casos de gestão compartilhada ou associada, faz-se mister entender como o Federalismo brasileiro influencia neste imbróglio. A anuência, naquele caso, poderia inclusive ser previsto nos convênios de cooperação a serem firmados entre os Municípios e os entes de regulação, permitindo que estes, quando da definição da política de subsídios, tenham a possibilidade de adotar o subsidio cruzado.

O Federalismo brasileiro tem sido, desde os priscos tempos, motivo de grande discussão acadêmica e política. E, pelo que se percebe, tal forma de Estado realmente é instigadora e causadora de vários embates em torno das disputas das competências entre os entes que compõem a Federação brasileira, como no caso da titularidade dos serviços de saneamento básico nas Regiões Metropolitanas. Os Estados-membros em face dos Municípios.

Neste caso, dentre outros fatores, há a predominância do interesse comum, jamais exclusivamente local. Para Celso Ribeiro Bastos, não é possível um interesse exclusivamente municipal, por razões lógicas, pois o Município faz parte de uma coletividade maior.¹⁵

Os serviços públicos de saneamento básico são complexos, envolvendo várias etapas. Por exemplo, no caso do abastecimento de água, quando se capta água de um Município para abastecer o outro, tem-se o interesse comum, do mesmo modo quando se causa desequilíbrio ambiental no Município que possui a água necessária para abastecer toda a Região Metropolitana.

No entanto, para que se possa democratizar os interesses, e em decorrência do Federalismo cooperativo, a gestão associada, por meio de convênio de cooperação, prevista no art. 241 da Constituição Federal, e a gestão compartilhada, no art. 25, §3º, CF, são mecanismos pacificadores, pois permitem que haja a participação de todos os entes federados envolvidos na situação. Desta forma, termina-se o embate, e iniciam-se novos tempos rumo à universalização do serviço, ao desenvolvimento, sem qualquer empecilho.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 311.

Outrossim, em casos não inseridos nestas regiões coletivas, e quando não há a opção de cooperação voluntária, o problema da autossustentação econômico-financeira dos contratos ganha destaque, tornando os vínculos contratuais inviáveis.

2.1 A disputa de competência entre Estados-membros e Municípios

Com o fim do PLANASA e o início da autonomia constitucional dos Municípios, o modelo de gestão estadual no que toca à prestação por uma única empresa entra em crise, e em consequência, compromete a aplicação dos subsídios cruzados.

“É da natureza ambígua desses serviços que emerge toda a confusão”¹⁶. Portanto, cabe analisar os argumentos destes dois entes federados, para que se possa chegar às conclusões mais precisas e democráticas.

Há várias posições sobre a titularidade do saneamento básico: Municípios, em todas as ocasiões; Municípios, e quando em Região Metropolitana o Estado; Município, Estado e União¹⁷; Estado e Municípios; somente o Estado.

A primeira posição sustenta que os serviços de saneamento básico são da competência reservada do Município (art. 30, inc. V, da CF/88), não sendo possível, em hipótese alguma, a sua avocação por outro ente federado.

A segunda, que as atividades são, em regra, da titularidade municipal, mas o Estado-Membro passará a também ser competente quando da criação de uma Região Metropolitana (ou afins) por Lei Complementar (§3º, do art. 25, da Constituição Federal).

A terceira, que é da competência do “Município, de Estado ou da União segundo o grau de complexidade técnica e extensão territorial pertinente a sua prestação”¹⁸, independentemente de Região Metropolitana.

A quarta, que é dos Estados, mas os Municípios podem compartilhar esta competência, por ser também local o interesse comum.

A última, que é sempre estadual, pois como são sistemas integrados em sua maioria, e a política pública deve ser pautada na lógica das Bacias Hidrográficas, em todas as oportunidades, salvo raríssimas exceções (quando o Município for autossustentável econômica e hidricamente), haverá o interesse de ao menos dois Municípios (comum).

¹⁶ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op. cit.*, p. 387.

¹⁷ ARAÚJO, Marcos Paulo Marques. **Adoção da Gestão Associada para a Prestação da Disposição Final de Resíduos Sólidos Urbanos à Luz da Lei n. 11.445/07, Lei de Saneamento Básico (LSB)** in Fórum de Direito Urbano e Ambiental n. 35, set/out, 2007, p. 41.

¹⁸ ARAÚJO, Marcos Paulo Marques. *Op. cit.*, p. 41.

Segundo Marçal Justen Filho¹⁹, no passado era pacífico a titularidade municipal do serviço de saneamento básico, o que veio a mudar com o surgimento de grandes metrópoles, que se estendem continuamente pelo território de vários Municípios, propiciando dúvida sobre o tema.

Muito embora não haja discussão quanto à titularidade federal, a União apresenta grande importância para o serviço público de saneamento básico. Para Gilmar Mendes, a “União é o fruto da junção dos Estados entre si, é a aliança indissolúvel destes. É quem age em nome da Federação”²⁰. A este ente federal cabe a competência legislativa de estabelecer regras gerais sobre saneamento básico, além da competência comum de trazer melhoria ao serviço.

Consoante o princípio constitucional da subsidiariedade, a União assume a função de fomento, incentivo e apoio técnico principalmente com a alocação e o repasse de recursos financeiros públicos, priorizando ações promocionais da equidade social e territorial relativa ao acesso ao saneamento básico.

Quando a União reserva recursos, atendendo assim a competência quanto à melhoria do serviço público de saneamento básico, aqueles são para investimentos de implantação e ampliação dos serviços, e não para a realização de despesas de custeio (administração, operação e manutenção). O texto constitucional²¹ é enfático ao mencionar que cabe à União, aos Estados e aos Municípios a melhoria do saneamento básico. Neste aspecto, revela-se injusta a limitação, pois impede a viabilidade econômico-financeira para a prestação dos serviços em muitos Municípios.

Segundo o art. 49, VII, da Lei nº 11.445/2007, é da competência da política federal a promoção de alternativas de gestão para viabilizar a autossustentação econômica e financeira dos serviços de saneamento básico, com ênfase na cooperação federativa. No tocante às diretrizes para o setor, a União pode estimular a consolidação de políticas tarifárias voltadas para gerar efeitos distributivos entre grandes e pequenos usuários.

Muito embora a Lei nº 11.445/2007 tenha aparentemente silenciado acerca da competência dos serviços públicos de saneamento básico, a leitura de seu art. 15, parágrafo único, dá a entender que é municipal. Diz o dispositivo que no exercício das atividades de planejamento dos serviços, “o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 719.

²⁰ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p 802.

²¹ Arts. 23, VI, e 225, Constituição Federal de 1988

e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores.” O legislador deixou escapar, pois diz que o titular pedirá ajuda do respectivo Estado.

Quando extrapolar o limite do território municipal, com a dependência da infraestrutura de outros Municípios, e “quando houver necessidade de serviços integrados, a competência será estadual”²². Tecnicamente é possível que as etapas de captação ou de armazenamento da água não sejam integradas. “No entanto, a regra é a integração, pois a fragmentação tem como principal inconveniente perdas substanciais em economia de escala, na medida em que os custos fixos também são muito altos”.²³ Também no serviço de esgotamento sanitário.

Camila Pezzino Balaniuc ressalta que com a gestão estadual, a utilização do subsídio cruzado seria uma maneira de levar o serviço para as regiões mais pobres, pois milhares de Municípios mal possuem orçamento para pagarem seu pessoal²⁴. Além disto, se direitos fundamentais são desrespeitados por falta de condições financeiras do Município, que seria titular do interesse local, este mesmo interesse passa a ser regional, uma vez que, neste caso, deve ser tratada pelo Estado-Membro em cujo território estiver localizado tal Município. Assim, “o problema deixa de ser local e toma uma amplitude maior, pois a ausência de saneamento básico irá afetar também o Estado-Membro”²⁵.

Esta solução, segunda a autora, deve ser aplicada em casos extremos, quando de grave violação aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, o que poderia também acontecer com o próprio Estado-Membro, que em caso de não possuir recursos para prestar ou delegar o serviço, o interesse passa a ser nacional.

Assim, para Paulo José Leite Farias²⁶, a prestação e a titularidade dos serviços regionais nas mãos dos Estados-Membros seria o ideal ambiente para uma maior viabilidade econômica do serviço.

A capacidade econômica dos Estados-Membros em face dos Municípios também pesa a favor daqueles. Todo serviço público tem interesse (repercussão) local, mas alguns jamais serão prestados pelos Municípios, pois demandam altos investimentos (complexidade e alto custo das obras para um só Município) e ações técnicas integradas para uma melhor prestação.

²² DEMOLINER, Karine Silva. *Op. Cit.*, p. 40.

²³ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op cit.*. p. 168.

²⁴ DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. **A questão da competência para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil.** In PICININ, Juliana; FORTINI, Cristina. Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 49.

²⁵ *Ibidem.* p. 75.

²⁶ FARIAS, Paulo José Leite. **Água: bem jurídico econômico ou ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 453-454.

As autoridades administrativas na área municipal já não podem mais, isoladamente, dar solução satisfatória às necessidades coletivas sem o concurso da ação unificada.

O Estado, assim, está mais apto a obter a universalização, qualidade, modicidade, eficiência, economicidade, continuidade, e produtividade do serviço público prestado.

Em realidade, a tarifa paga pelo usuário sustenta não só a rede de distribuição municipal, que leva água à sua residência, mas financia, também, a construção de barragens, reservatórios, adutoras, emissários e estações de tratamento de água e esgoto. Além disso, “somente por meio de uma prestação em escala (subsídios cruzados) e de forma universal é possível que o Saneamento Básico esteja presente em todos os Municípios, ricos e pobres”²⁷. É necessário, assim, compensar, por meio dos subsídios cruzados, os Municípios lucrativos com os Municípios deficitários.

Tal questão fora abordada pelo ex-Ministro do STF, Maurício Correa²⁸, quando diz que é de responsabilidade estadual a criação de condições econômicas e técnicas objetivando o acesso por toda a população de um serviço universal e de qualidade, mediante “aproximações de municípios superavitários e deficitários; e aproximação de municípios com abundância de recursos hídricos com municípios com pouca oferta de água em relação à sua demanda” .

2.2. O modelo de gestão oriundo da cooperação interfederativa nas Regiões Metropolitanas diante da decisão do Supremo Tribunal Federal

O conflito competencial entre Municípios e Estados-membros em torno dos serviços de saneamento básico nas Regiões Metropolitanas foi encerrado por decisão, ainda não transitada em julgado, do Supremo Tribunal Federal, através do Plenário, na sessão do dia 28 de fevereiro de 2013, quando, julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1842, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). A competência é compartilhada.

O interesse metropolitano não é privativamente local ou estadual, mas de todos eles ao mesmo tempo, necessitando de uma gestão compartilhada dos serviços comuns.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1842-RJ**. Voto do Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/votojobimadi1842.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2009.

²⁸ ADI 1.842- 5, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 08.03.06.

No entanto, o Estado-Membro é quem tem a prerrogativa de criação da Região Metropolitana. “O poder que recebe determinado encargo administrativo deve primeiro legislar sobre essa matéria para legitimar a sua ação nessa área”²⁹, pois “pelo princípio da legalidade, antes de se atuar, há que se legislar”³⁰. Por isto a titularidade não pode ser municipal. Ora, a legislação que dá azo à criação de uma Região Metropolitana é Estadual.

Os Municípios que não desejarem pertencer a este aglomerado podem resistir à criação? Nas Regiões Metropolitanas, não se compreende a instituição de associações voluntárias, como nos convênios ou consórcios, de modo que os Municípios não podem sair quando quiser.

Para Alaôr Caffé Alves, as figuras regionais não podem ter as suas criações arbitrárias, sem sustentáculo nas exigências de ação conjunta para o atendimento das “necessidades efetivamente comuns a vários entes políticos-administrativos locais. Se isto ocorrer, deverá ser interpretado como ingerência absolutamente impertinente contra a autonomia municipal, o que obviamente é inconstitucional”³¹.

Para Hely Lopes Meirelles, uma região metropolitana poderá ser gerida por uma “entidade autárquica (autarquia) ou estatal (empresa pública, sociedade de economia mista), ou até mesmo ser atribuída a um órgão do estado (secretaria de estado) ou a um colegiado de representantes do Estado e dos Municípios”³².

Com a criação da Região Metropolitana, a “competência estadual será exercida de forma desconcentrada, com a participação dos Municípios metropolitanos em sua gestão na forma e limites previstos na lei instituidora da Região”³³, exigindo-se uma integração dos serviços, já que surge uma área urbana única, segundo Michel Temer³⁴.

Outra questão polêmica envolvendo as Regiões Metropolitanas é em relação à sua administração. Ora, “se acaso fosse outorgado a um Município o dever de administrar a Região Metropolitana, aquele estaria comandando outro Município”³⁵. Assim, a administração deve ser realizada conjuntamente entre os Municípios que a compõe e o Estado-membro criador, devendo todos colaborar nas decisões administrativas.

²⁹ BRUNONI, Nivaldo. *Op. Cit.*, p. 87.

³⁰ MUKAI, Toshio. **As competências dos entes federados na Constituição de 1988**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 184, p. 86-96, abr. /jun. 2001, p. 91.

³¹ ALVES, Alaôr Caffé. **Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões : novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro** . Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 57-82, jan/mar. 2001. p. 66.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 83.

³³ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano. **Região Metropolitana e seu regime constitucional**. 1 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 145.

³⁴ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**, 22 ed. São Paulo: Malheiros. p. 115.

³⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano. *Op cit.* p. 135.

Desta forma, sendo as matérias a serem administradas nas Regiões Metropolitanas (“demandam uma realização conjunta dos serviços de interesse comum”³⁶) de atuação de todos Municípios ou do Estado-membro como condição necessária a sua realização, a administração será regional: o Estado-membro em conjunto com todos os Municípios conurbados, caso criada por lei. Funciona desta maneira, pois os interesses locais não serão predominantes.

Criada a Região Metropolitana, discute-se quem será o seu gestor. Para Karine Silva Demoliner, “compete aos Estados a prestação dos serviços de abastecimento, adução, tratamento e distribuição de água nas regiões metropolitanas, nos aglomerados urbanos, bem como nas microrregiões”³⁷, ou seja, sempre que ultrapassar os limites territoriais de um Município. Para Sérgio Ferraz³⁸, interpretação diversa causaria “ofensa à autonomia estadual”.

O vetado §3º do artigo 3º da Lei nº 11.445/2007, pretendia dar autorização aos Estados-Membros a impor, de forma unilateral, a inserção do saneamento básico como função pública de interesse comum aos Estados e Municípios agrupados em Região Metropolitana, Aglomeração Urbana ou Microrregião, por meio de Lei Complementar Estadual.

Após firmar o entendimento de que a gestão compartilhada entre o Estado-Membro e os Municípios é a forma de exercício da titularidade do serviço público de saneamento básico determinado pela Constituição Federal para as Regiões Metropolitanas, faz-se imprescindível o comentário a respeito do modelo administrativo que deve ser adotado nestas situações, ou seja, como se dá a sua funcionalidade prática.

Antes de tudo, a consolidação da participação municipal na gestão do serviço pode dar-se em sua inclusão como acionista das empresas de saneamento estaduais, como já ocorre no Rio Grande do Norte, Minas Gerais, dentre outros.

Quando da criação da Lei Complementar estadual instituindo a Região Metropolitana, deve ser definida uma instância máxima, a Assembleia Geral (semelhante ao órgão colegiado composto pelos chefes do Executivo de todos os entes integrantes nos consórcios), criando uma estrutura organizacional interna.

Em analogia também a gestão associada mediante consórcios, na compartilhada também se deve estabelecer o procedimento pelo qual será convocada a Assembleia Geral,

³⁶ FERRAZ, Sérgio. **As Regiões Metropolitanas no Direito Brasileiro** in revista de direito público n. 37-38, p. 19.

³⁷ DEMOLINER, Karine Silva. *Op. Cit.*, p. 40.

³⁸ FERRAZ, Sérgio. **As regiões metropolitanas no direito brasileiro**. Revista de direito público. São Paulo, ano 7, n. 37-38. p. 22. 1976.

bem como será o seu funcionamento. Segundo o art. 4º, §2º, da Lei nº 11.107/2005, deve ser definida a quantidade de votos que cada entidade consorciada possuirá, assegurando 1 (um) voto a cada um dos integrantes. Não obstante, permite-se “que haja algum consorciado que possua mais de um voto do que outro. Essa fórmula discriminatória, porém, só deve ser empregada em situações excepcionais, para evitar seja desnaturada a essência do consórcio”³⁹, ou seja, a cooperação mútua. Este modelo é cabível na gestão compartilhada.

Esta exceção deverá ser aplicada quando da participação do Estado em uma relação cooperativa, seja ela através de consórcios, convênios, ou até mesmo nas gestões compartilhadas das Regiões Metropolitanas, cujas regras serão dispostas na Lei Complementar criadora da mesma.

Até porque, “ao interesse local do município agrega-se o interesse regional cujo exercício deve ser compartilhado com os demais municípios regionais, em paridade com o Estado”⁴⁰. Tal paridade deve ser de 50% dos votos para o Estado e o restante para os Municípios, cabendo ao Município polo um peso maior em relação aos demais. Mais poder ou menos, implicaria em desigualdade.

Alaôr Caffé Alves dá uma solução muito adequada. Segundo ele, nos serviços ou funções da competência comum – concorrente, há a competência dos vários entes federados sobre os mesmos temas⁴¹. Nas funções públicas de interesse comum não são concorrentes, complementares ou suplementares, mas de competência solidária dos níveis de governo envolvidos, ou seja, Estado e Municípios, “cuja titularidade pertence ao nível de governo mais abrangente, precisamente em razão da funcionalidade legislativa indispensável à disciplina unificada daqueles serviços de caráter regional”⁴².

No entanto, para o mesmo autor, devem ser tomadas em conjunto “as decisões sobre sua organização, planejamento e execução (...), num colégio regional onde estejam representados o Estado e os Municípios em proporção paritária”⁴³, sem exclusão da participação popular.

Na gestão compartilhada, cabe ao Estado definir o âmbito de participação dos Municípios⁴⁴. No entanto, as decisões estaduais estão sujeitas às limitações decorrentes das

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 74.

⁴⁰ ALVES, Alaor Caffé. *Op. cit.*, p. 17.

⁴¹ *Ibidem*. p. 31

⁴² *Idem Ibidem*.

⁴³ *Idem Ibidem*.

⁴⁴ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano. *Op cit.* p. 157.

decisões da Assembleia colegiada, integrada “paritariamente por representantes dos Municípios e do Estado, sem excluir, igualmente, a participação da comunidade civil”⁴⁵.

A forma de gestão, igualmente, deve ser prevista na Lei Complementar, prevendo mecanismos a serem adotados para a eleição do representante legal, incluindo o *quórum* de presença e de votação, os critérios de desempate, etc.

Seria uma espécie de cogestão superior entre eles e o Estado. “A figura jurídica mais próxima dessa integração, que nos ocorre, é a da relação entre o Conselho de Administração e a Diretoria Executiva de uma sociedade anônima”⁴⁶

Faz-se necessário, desta forma, que o Estado estabeleça as regras que serão observadas para a tomada de decisões político-administrativas entre os Municípios, para evitar que o poder político-econômico local de uma cidade específica possa descaracterizar o tom de representatividade dos demais Municípios, além de esclarecer quais são as funções públicas de interesse comum ou regional.

A decisão quanto à adoção dos subsídios cruzados caberia, assim, aos integrantes da Região.

⁴⁵ ALVES, Alaor Caffé. *Op. cit.*, p. 22.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 10.

3 OS SUBSÍDIOS SOB A ÓTICA DO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO

Observadas as questões competenciais, analisa-se agora o conceito e classificação dos subsídios às tarifas. Conforme a Lei nº. 11.445/2007 e seu Decreto regulamentador, um ingrediente necessário para uma primeira análise é acerca da capacidade de pagamento dos usuários.

A obtenção de recursos mediante a exploração do empreendimento encontra empecilho na capacidade econômica dos utentes. “Em determinadas situações, a tarifa necessária ao custeio da prestação eficiente do serviço extrapolaria as possibilidades econômicas dos usuários, impedindo-os de arcar com o valor cobrado”⁴⁷.

Normalmente, a população com renda menor apresenta um índice de cobertura dos serviços de saneamento básico abaixo da média nacional, enquanto as classes mais altas, melhores.

Ademais, no Brasil, em 1998, 1% da renda *per capita* era destinada ao pagamento de contas de água e esgoto. Na França, representava 0,65%, enquanto na Alemanha, 0,63%. “A própria ligação entre a renda da população e o acesso aos serviços demonstra a necessidade de efeitos tarifários distributivos”⁴⁸.

Trata-se da capacidade de pagamento dos usuários, que quando não compatível com a autossustentação econômico-financeira dos contratos de prestação dos serviços, são necessários os subsídios serem aplicados. Aliás, “não torna o serviço dispensável à parcela da população cujo atendimento não seja economicamente interessante ao prestador”⁴⁹, de modo que o princípio da solidariedade exige a prestação a todos. Isto porque os serviços públicos de saneamento básico têm a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços, conforme previsão legal.

Aliás, “o conceito clássico de concessão afirmava que a remuneração do concessionário seria obtida mediante a cobrança de tarifas dos usuários”⁵⁰. Portanto, a regra.

Rubens Teixeira Alves ⁵¹ define subsídio como o superávit obtido de pagadores de tarifa abastados, aplicado em benefício de usuários considerados necessitados.

⁴⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do Concessionário – Concessões comuns e Parcerias Público Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 197

⁴⁸ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op cit.* P. 345

⁴⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op cit.* p. 199.

⁵⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. cit.* P. 28

⁵¹ ALVES, Rubens Teixeira. **PPPs, concessões e subsídios cruzados**. Rio de Janeiro: Valor Econômico, 26 de julho de 2004.

A primeira definição de subsídio enquanto prática tarifária do saneamento básico foi estabelecida no Decreto Federal nº 82.587 de 1978, que em seu art. 10 previu que as tarifas deveriam se adequar ao poder aquisitivo da população, compatibilizando os aspectos econômicos do negócio com os aspectos sociais, e no art. 11 definiu que a forma de cobrança da tarifa deveria ser diferenciada por tipo de usuário e por faixa de consumo, “assegurando-se o subsídio dos usuários de maior para os de menor poder aquisitivo, assim como dos grandes para os pequenos consumidores”.

O Decreto Federal nº. 82.587 de 1978, em seu art. 3º, enumerava os objetivos do PLANASA, dentre os quais a autossustentação financeira do setor de saneamento básico, por meio da evolução dos recursos a nível estadual, dos Fundos de Financiamento para Água e Esgotos (FAE) e a adequação dos níveis tarifários às possibilidades dos usuários, sem prejuízo do equilíbrio entre receita e custo dos serviços, levando em conta a produtividade do capital e do trabalho.

A previsão dos subsídios aplicados como instrumento econômico é bastante presente na Lei nº. 11.445/2007. Segundo a mesma, subsídios são instrumentos econômicos de política social para viabilizar a manutenção e continuidade de serviço público (incluindo a conexão intradomiciliar) com objetivo de universalizar acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda, para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

Isto porque “o setor de saneamento se caracteriza pela presença de custos fixos elevados”⁵². Assim, “a presença de fortes externalidades, por sua vez, justifica a presença de subsídios”, que “funciona como indutor do desenvolvimento econômico regional e da geração de empregos sustentáveis”⁵³, em casos de insuficiência tarifária.

Segundo Frederico Turolla, “há quem argumente que a provisão pública teria o condão de resolver este problema, levando a maior provisão do serviço aos mais pobres, com baixa capacidade de pagamento, já que o prestador público, em tese, não visaria lucros”.⁵⁴ Em tese.

Percebe-se, portanto, o duplo caráter deste instrumento: por meio de uma solução econômica, mas de cunho social. Interpretando-se a lei sob o foco teleológico, entende-se que

⁵² TUROLLA, Frederico Araújo. **Financiamento dos serviços de saneamento básico**. In MOTA, Carolina. (coord.) – Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal n. 11.445/07 – São Paulo: Quartier Latin, 2010. P. 113.

⁵³ *Ibidem*, p. 115.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 120

a prestação dos serviços essenciais deve não somente estar pautada em aspectos econômicos, mas sempre com um olhar solidário ao social.

A noção de serviço público se apoia na ideia de solidariedade social (redistribuição e universalização). Corroborando, predomina no Brasil o Federalismo de equilíbrio ou, em certas hipóteses, de colaboração e de solidariedade.

No mesmo sentido, o art. 3º da mesma Carta Cidadã traz à baila os objetivos fundamentais da República brasileira. Trocando em miúdos: para que tudo isto foi criado? Quais os objetivos? Como planejar o futuro? Como o poder deve ser exercido? Quais as prioridades?

Construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Enfim, vislumbra-se que o povo clama por políticas públicas eficientes, tendentes ao desenvolvimento, ou seja, à melhoria de vida das pessoas, segundo Amartya Sen⁵⁵. Liberdade, Justiça e Solidariedade; Desenvolvimento; Fim da pobreza; Igualdade; Bem-Estar. Todos estes são os valores escolhidos pelo Constituinte como objetivos.

A ideia de coesão reporta-se “às contribuições do solidarismo sociológico de Émile Durkheim”⁵⁶, ou seja, a solidariedade como um valor. É consensualidade como alternativa à imperatividade. A solidariedade social (grande fundamento dos processos de interação social) viabilizou, inclusive, a formação da noção de serviço público como atividades do Estado que visam à satisfação de necessidades coletivas, sem uma lógica mercantil.

Um dos cernes destes institutos, além da solidariedade, é a consensualidade, pois são concursos de manifestações de vontade visando certas prestações, que não são recíprocas, como nos contratos, por não produzirem um ganho direto de uma parte para a outra. Ao contrário, convergem para o mesmo fim, ou seja, o interesse público. A coordenação, portanto, pode ser por meio da cooperação ou da colaboração⁵⁷. Para Gilberto Bercovici⁵⁸, a “coordenação é um procedimento que busca um resultado comum e do interesse de todos”.

⁵⁵ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁵⁶ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op cit.*. P. 31

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Parecer para a Companhia de Saneamento do Pará (COSANPA)** In Revista de Direito Administrativo. Janeiro-março. n. 219. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 357-387. p. 377.

⁵⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 151

Daí o consenso da gestão associada dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário ser um importante instrumento para a aplicação de subsídios tarifários, notadamente os cruzados. Sem consenso não há subsídio cruzado, com exceção da gestão compartilhada.

Depreende-se o caráter social do subsídio, pois devem existir “sempre que a imposição de mecanismos de mercado acarretar a frustração do atendimento às necessidades fundamentais, especialmente para a parte da população mais pobre”.⁵⁹

“O poder público deve interferir para compensar desequilíbrios socioeconômicos e promover a dignidade humana”.⁶⁰ Nos Municípios mais pobres, ou os serviços “não se sustentam economicamente, ou somente podem ser sustentados mediante cobrança de tarifa elevada, o que é incompatível com o próprio conceito de serviço público”.⁶¹ Mais adiante far-se-á este paralelo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se proíbe ao Estado é o uso indiscriminado do subsídio, sobretudo aquele concedido para diminuir ou cessar o risco empresarial do concessionário, sem respeito às regras de responsabilidade fiscal, ou demasiados e sem justificativa razoável e, por isso, motivadores da ineficiência do concessionário. Por fim, “tanto melhor a adoção de subsídios claros e transparentes contratualmente do que aqueles disfarçados sob as formas e pretextos mais canhestros”⁶².

Segundo a lei, este instrumento econômico deve ser concedido prioritariamente para populações e localidades de baixa renda, ou seja, os usuários e as localidades que não possuam capacidade de pagamento (em virtude da baixa renda) ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços. Neste caso, quando os custos com manutenção, operação e investimentos sejam superiores aos valores arrecadados com as tarifas praticadas pela empresa prestadora dos serviços, chamadas de localidades deficitárias.

A ideia, assim, é equilibrar uma localidade superavitária com uma deficitária, fazendo com que a empresa prestadora dos serviços trabalhe sempre com o equilíbrio econômico-financeiro.

⁵⁹ JUSTEN FILHO. *Op. Cit.* P. 338

⁶⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **O Saneamento Básico no Brasil: desafios e perspectivas sob o prisma do direito administrativo aplicado.** Boletim de Direito Administrativo [recurso eletrônico], São Paulo, v. 24, n. 7, p. 795-815, jul. 2008. Disponível em: <http://dSPACE/xmlui/bitstream/item/7303/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1> Acesso em: 18 mai. 2015. P. 129

⁶¹ JUSTEN FILHO, *Op. Cit.* P. 130

⁶² FERREIRA, Luiz Tarcísio. **Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais.** Belo horizonte: Fórum, 2006. P. 62-63

3.1 Subsídios para concretização de direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vida, saúde, meio ambiente equilibrado, moradia

Manter uma boa quantidade e qualidade das águas “é condição para que o homem, no dia-a-dia e em seus projetos, assegure o direito à vida, à segurança pessoal e a um tratamento humano adequado”⁶³, sendo um direito fundamental.

Desta forma, questiona-se, em relação à temática ora posta em discussão, se a ausência de subsídios às tarifas poderá impedir a efetividade, a concretização de direitos fundamentais e dos princípios fundamentais do saneamento básico, e inclusive dificultar o desenvolvimento.

Isto porque o saneamento básico é um fundamental direito. É um direito humano. É um direito natural. Muito se discute se é um direito fundamental. No entanto, afirma-se que é, antes de tudo, um fundamental direito, indiscutivelmente.

Muito se debate, com base em tradição doutrinária, acerca da existência de um direito fundamental de acesso ao saneamento básico. Isto porque se entende que um direito fundamental seria aquele reconhecido e positivado em uma Constituição, ao contrário dos direitos naturais, inatos ao homem, e dos direitos humanos, que estão positivados nas normas de direito internacional. Direito fundamental é aquele garantido “mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional (...) direito que possui força jurídica constitucional”⁶⁴

O que não se discute é a sua essencialidade, pois é um direito inalienável do cidadão. Por ser um direito de todos, é indistinto a classes sociais, raças, etnias, ou qualquer outra forma de discriminação. Porém, “a iniquação das águas é o que transforma os pobres em miseráveis, subtraindo-se-lhes até mesmo aquilo que a natureza oferecia gratuitamente a todos e que se torna privilégio de ricos”⁶⁵

Alguns direitos fundamentais positivados estão diretamente ligados ao direito de acesso ao saneamento básico. Em sendo um fundamental direito, está umbilicalmente ligado ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à moradia, além de ter uma íntima relação com a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa Constituição.

⁶³ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. **Água: um direito humano fundamental**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008. P. 163.

⁶⁴ DIMOLIUS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 47

⁶⁵ MILARÉ, Edis. **A participação comunitária na tutela do ambiente**. Revista forense, v.. 317. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992, p.80

Inicia-se com a dignidade da pessoa humana. Hans Kelsen⁶⁶, citando Kant e o seu imperativo-categórico, traz a seguinte máxima: “age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal”. Assim, é necessário tratar a água como um bem limitado, de modo a evitar a escassez. Daí não ser razoável o desperdício. Se o mau uso da água fosse universalizado, a vida dos homens estaria comprometida.

Mais do que direitos fundamentais, o acesso à água é produto do princípio da dignidade da pessoa humana. A água é essencial para a existência vital do ser humano, bem como para a sua boa qualidade. Viver dignamente é viver com o acesso à água, para suprir todas as necessidades. Isto porque este recurso hídrico não serve apenas para saciar a sede do homem e dos outros animais (visão ecocêntrica). Tem sua serventia para o funcionamento dos outros serviços de saneamento básico, como o tratamento de esgotos, e para outros setores como a irrigação na agricultura, o transporte, a produção de energia. É, pois, “imprescindível à promoção do princípio constitucional da dignidade humana”⁶⁷, e a ausência de subsídios às tarifas em localidades deficitárias viola este princípio mãe.

É indubitável o reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental ligado à dignidade humana. Karine Silva Demoliner⁶⁸, citando Ingo Wolfgang Sarlet, menciona que o direito de acesso à água satisfaz o mínimo vital, já que é essencial à própria sobrevivência e integra, juntamente “com outros elementos, o conteúdo mais amplo do mínimo existencial, este sendo fundado no binômio vida e dignidade, ou seja, vida com qualidade mínima, em outras palavras, vida saudável”.

O “mínimo vital” é o que faz o ser humano sobreviver: simplesmente o mantém com condições de vida. O “mínimo existencial” garante o seu desenvolvimento digno, trazendo a felicidade, o bem estar, a saúde plena, a paz.

No próprio conceito de serviço público, tem-se que é uma atividade que serve de instrumento de satisfação dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana. “O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos”⁶⁹.

⁶⁶ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**; Tradução João Batista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 21.

⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t.2, p. 312.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2002. p. 139.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cit.* p. 694

Trata-se, o fornecimento de água e esgotamento sanitário de serviços públicos essenciais⁷⁰, relacionado neste rol pela Lei de Greve, que prevê ainda (Art. 11, *caput*) que nestes serviços, ficam obrigados os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Garantir o Estado o acesso ao saneamento básico é cumprir as suas obrigações constitucionais. O exercício pleno deste direito é condição indispensável para atingir objetivos de valorização da pessoa, de forma digna. Por isso, deve o Estado ser vigilante, pois “são comuns as atitudes, no dia-a-dia, no que se refere ao uso dos recursos hídricos, que importam em negação dos princípios da justiça e da fraternidade”⁷¹. É digno à pessoa humana, portanto, não permitir a adoção de subsídios cruzados?

Outro direito ligado ao acesso ao saneamento básico é a vida. A ciência e o senso comum comprovam e não tergiversam, sobre o liame existente entre a água e vida. Isto porque pode uma pessoa “permanecer várias semanas sem se alimentar, mas, se não ingerir água, em dois dias tem o processo de falência múltipla dos órgãos iniciado, o que provocará a sua morte em 10 dias”.⁷²

Portanto, simplesmente nada, nenhum outro recurso, coisa, pessoa, substância, é mais importante e imprescindível para o homem do que a água, e conseqüentemente, facilitar o seu acesso se torna inquestionável.

Inclusive, pode-se utilizar deste recurso gratuitamente de qualquer corrente ou nascente de água, para as primeiras necessidades da vida. É, portanto o mínimo existencial e, além disto, o mínimo vital. “O homem não pode ser privado, em qualquer situação, do mínimo necessário à conservação de sua vida e de sua liberdade”⁷³.

É por isso que o direito se preocupa com a regulação deste recurso e do serviço de seu fornecimento, de modo a normatizar o seu uso, evitando o desperdício, a escassez, a contaminação. “Não podemos olvidar que o controle sobre a água equivale ao controle da própria vida e das condições de vida!”⁷⁴

⁷⁰ Lei 7.783 de 28 de junho de 1989. Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

⁷¹ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Op. cit.*, p. 52

⁷² DEMOLINER, Karine Silva. *Op. Cit.*, p. 33.

⁷³ TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial**, In Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Ingo W. Sarlet – org. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-5

⁷⁴ DEMOLINER, Karine Silva. *Op. Cit.*, p. 194

O serviço público de fornecimento de água é um serviço essencial, e portanto, a consagração da dignidade da pessoa humana, e do direito à vida⁷⁵, constitucionalmente reconhecido como um direito fundamental⁷⁶. Isto porque a falta da água para beber atinge o ser humano em sua necessidade mais básica que é a vida, raciocínio semelhante se faz para os outros três serviços.

Também em relação ao direito à saúde. O direito de acesso à água é essencial à sadia qualidade de vida. A sua falta gera uma série de problemas violadores do direito social à saúde, como o aumento da taxa de mortalidade infantil e da incidência de moléstias infectocontagiosas, a perda de dias de labor em virtude das moléstias e diminuição da produtividade da força laboral; “gastos excessivos com remédios, diminuindo a disponibilidade de recursos para alimentos, enfraquecendo novamente o organismo já debilitado”⁷⁷

A ingestão de água potável é condição primária para o homem se desenvolver com plenitude. A Lei nº 8.080 de 19 de setembro 1990 indica como um dos fatores e condicionantes da saúde o saneamento básico. Por isso, o abastecimento de água está ligado ao direito à saúde, de forma que este somente poderá ser garantido principalmente com o acesso à água. A Constituição Federal, reforçando esta ideia, consignou caber ao Sistema Único de Saúde fiscalizar a água para o consumo humano.

A água está intimamente ligada a várias doenças⁷⁸, sendo o serviço público que a fornece essencial para evitá-las e remediá-las, podendo ser: transmitidas pela via feco-oral (diarreias e disenterias, febre tifoide e paratifoide, leptospirose, amebíase, hepatite infecciosa, ascaridíase); controladas pela limpeza com a água (infecções na pele e nos olhos, escabiose); associadas à água (esquistossomose); transmitidas por vetores que se relacionam com a água (malária, febre amarela, dengue, elefantíase), etc.

Na Grécia⁷⁹, originalmente, a água era relacionada à incolumidade físico-psíquica da pessoa humana, por sua importância vital. A saúde do homem está ligada intimamente ao acesso seguro e básico à água.

⁷⁵ PINTO, Bibiana Graeff Chagas. **Saneamento básico e direitos fundamentais: questões referentes aos serviços públicos de água e esgotamento sanitário no direito brasileiro e no direito Francês**. In direitos humanos e meio ambiente. Vol I. São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2006, p. 408

⁷⁶ IRIGARAY, Carlos Teodoro José Huguency. **Água: um direito fundamental ou uma mercadoria?** In Direito, Água e Vida. Vol 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. p. 396

⁷⁷ RATNER, Henrique. **Planejamento e bem-estar social**, 1979 apud DIAS, Gilka da Mata. *Op. Cit.*, p. 90.

⁷⁸ BARROS, R. T., CHERNICHARO, C. A. L., HELLER, L. SPERLING, M.. M. **Manual de saneamento e proteção ambiental para os municípios**, volume II, saneamento. Belo Horizonte: FEAM, 1995. P. 55

⁷⁹ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Op. cit.*, P. 11

O conceito de saúde adotado pela Constituição de 1988 é o ampliado. Ou seja, não é o bastante a ausência de doenças, sendo “essencial o bem-estar físico, mental e social, para o qual muito contribui o saneamento básico, para o efetivo gozo deste direito fundamental à saúde”⁸⁰.

A Constituição brasileira, em seu art. 200, estabelece as atribuições do Sistema Único de Saúde em participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico. Com isso, e como já dito, a Lei nº. 8.080/90, que regula as ações e os serviços de saúde, incorpora, em seu art. 3º, o saneamento básico e o meio ambiente como fatores determinantes e condicionantes da saúde.

Com este mesmo espírito, a Lei nº 11.445/2007, em seu art. 40, §3º, prevê que a interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimento de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas, e a usuário residencial de baixa renda, beneficiário de tarifa social, deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas.

Tem-se casos normativos de obrigatoriedade de ligação à rede pública de abastecimento de água pelo usuário com o serviço é posto à disposição do mesmo, inclusive na própria Lei nº 11.445/2007⁸¹.

Por exemplo, no Rio Grande do Sul, o artigo 18, da Lei nº 6.503, de dezembro de 1972, diz que é obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede pública de abastecimento de água e aos coletores públicos de esgoto, como forma de promover a saúde pública.

A falta de cobertura do serviço de abastecimento de água potável constitui entrave ao desenvolvimento e ofensa aos direitos dos cidadãos, em virtude do alto índice de doenças decorrentes das más condições de higiene. Por isso é importante a urgência em sua universalização. Além disto, dentro da composição tarifária está a prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública.

Tal direito de acesso à água também está ligado ao meio ambiente. A água é considerada um bem ambiental, pois adquire “essencialidade para a manutenção da vida de

⁸⁰ LOMAR, Paulo José Villela *In* MUKAI, Toshio (Org.) **Saneamento Básico: diretrizes gerais. Comentários à Lei n. 11.445 de 2007.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 16

⁸¹ Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.

todas as espécies e de todas as culturas”⁸². Sendo assim, a efetivação do direito à vida depende da manutenção da qualidade do meio ambiente.

A utilização deste recurso está condicionada à manutenção do equilíbrio ecológico do ambiente. Demonstrando a importância desta verificação, a Lei nº 6.938/81 já apresentava dentre os princípios para se alcançar os objetivos da Política Nacional de Meio Ambiente, a racionalização da água. “Por isso, receber água limpa, própria para o consumo, deveria ser considerado o primeiro e mais elementar direito ambiental de uma família e de toda a comunidade”⁸³.

O acesso à água deve ser racional. E o direito tem um papel importante para moldar as condutas humanas, protegendo os direitos fundamentais, como o direito a um meio ambiente equilibrado, que se une ao conceito de qualidade de vida⁸⁴.

Quando há a proteção dos nascedouros dos mananciais de água, garante-se a existência, a quantidade e a qualidade deste recurso, que dentre outras importâncias, é fonte de trabalho, renda e cidadania para milhões de cidadãos.

Segundo Cristiane Derani, “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exposto no artigo 225 se faz presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica no artigo 170, VI”⁸⁵.

Por fim tem-se o direito à moradia. O direito a ter uma habitação adequada envolve uma infraestrutura básica adequada, como a presença do fornecimento de água e esgotamento sanitário. A Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, menciona que um lote urbano precisa ter, no mínimo, dentre outras coisas, o abastecimento de água potável. Ou seja, o direito de acesso à água está associado ao direito à moradia salubre. Esta vinculação foi reconhecida no texto constitucional, quando estabeleceu a competência do Sistema Único de Saúde – SUS, na participação na “formulação da política e da execução das ações de saneamento básico”, no qual o abastecimento de água está incluso.

Para Luiz Henrique Antunes Alochio⁸⁶, as políticas habitacionais e as combativas à erradicação da pobreza também demandam saneamento, “pois a qualidade de vida somente poderá florescer dando-se aos cidadãos não apenas o acesso à moradia: é necessária a noção de uma moradia digna de ser habitada”.

⁸² GRAF, Ana Cláudia Bento. **A tutela dos Estados sobre as águas**. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Org.) Águas – aspectos jurídicos e ambientais. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008. p 61.

⁸³ SISKIS, Alfredo. **Ecologia urbana e poder local**, 1999 *apud* BRUNONI, Nivaldo. *Op. Cit.*, p. 103-104

⁸⁴ FARIAS, Paulo José Leite. *Op. cit.*, P. 37

⁸⁵ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 238.

⁸⁶ ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do saneamento**. Campinas: Millenium. Brasil, 2007, p.10

A dificuldade da universalização do acesso à água afeta nocivamente o crescimento urbanístico organizado, uma vez que empreendimentos são construídos sem qualquer viabilidade técnica de atendimento da rede pública de abastecimento de água ou esgotamento sanitário. Ou seja, impede-se o desenvolvimento.

“Destarte, as diretrizes nacionais para o saneamento básico integram as diretrizes nacionais para o desenvolvimento urbano”⁸⁷. O acesso à água, ou a falta desta, constitui-se em um problema de desenvolvimento urbanístico, ligado ao direito de moradia, uma vez que se trata de infraestrutura básica. Há quem diga que saneamento básico é matéria de direito urbanístico⁸⁸, pois faz parte do direito fundamental à cidade sustentável, integra a política urbana, cujo instrumento basilar é o Plano Diretor. Ou seja, deve ser incluído na relação das principais preocupações urbanas⁸⁹.

Uma boa articulação entre o abastecimento de água e o desenvolvimento urbano, mencionada no art. 2º, VI, da Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (LDNSB), tende a promover a racionalização do uso do solo urbano, com uma distribuição mais justa dos serviços públicos. Problemas de abastecimento em áreas de expansão urbana podem ter melhores soluções quando há uma coordenação com as políticas urbanas.

Nesta senda, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) elenca como instrumentos da política urbana o planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Isto porque o oferecimento dos serviços de saneamento básico causa impacto considerável no espaço urbano, estimulando a ocupação das novas localidades servidas, atuando como fator indutor da ocupação.

O art. 45 da Lei nº 11.445/2007 diz que toda a edificação permanente urbana será conectada às redes de abastecimento de água disponíveis.

No mesmo pensamento, sem a infraestrutura básica não há como desenvolver as atividades turísticas, comprometendo a economia de algumas localidades que têm no turismo a sua principal atividade de fonte de recursos públicos e geração de emprego e renda.

O crescimento urbano ou rural desordenado, sem planejamento, acarreta o problema de atendimento ao consumo da água, pois exige o transporte da água de lugares distantes. Não há como edificar qualquer coisa que seja sem a viabilidade técnica de atendimento da rede pública de abastecimento, ou a adoção de uma solução individual excepcional.

⁸⁷ LOMAR, Paulo José Villela *In* MUKAI, Toshio (Org.) *Op. cit* P. 5

⁸⁸ *Ibidem*. p. 8

⁸⁹ KLOSE, Izabel Maria Antunes Luzia. FRANCO, Ninon Machado de Faria Leme. **Bacias, Comitês e Consórcios Intermunicipais: a gota d'água para o novo planejamento ambiental**. In: O direito ambiental das cidades. Rio de Janeiro: DP & A, 2004. P. 191

Assim, inquestionável mais uma relação do direito de acesso ao saneamento básico com um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, restando a afirmativa de que sem a aplicação dos subsídios às tarifas nos Municípios deficitários, tais direitos serão ainda mais desrespeitados.

3.2 Espécies de subsídios da Lei Nacional de Saneamento Básico

Para a LDNSB, os subsídios necessários ao atendimento de usuários e localidades de baixa renda serão, dependendo das características dos beneficiários e da origem dos recursos, pertencentes a três espécies.

A primeira se relaciona ao beneficiário: diretos, quando destinados a determinados usuários ou indiretos, quando destinados a prestador de serviços públicos. Isto significa que o instrumento econômico de política social pode ser aplicado para o usuário, fazendo com que haja uma diminuição da tarifa, ou ao prestador, com a isenção de uma obrigação, ou diminuição de uma despesa, como um tributo, por exemplo. Enquanto no Brasil o subsídio se dá indiretamente nas tarifas de água e esgoto, no Chile este subsídio ocorre de formas diretas⁹⁰.

O Decreto Federal nº 82.587 de 1978 tratava em seu art. 8º como responsabilidade dos Estados-membros destinar recursos para o cumprimento das programações estaduais, com vistas a atingir os objetivos e metas do PLANASA, bem como, quando necessário, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das companhias estaduais de saneamento básico.

O uso de subsídios estatais significa que o financiamento da política tarifária está sendo distribuído por toda a coletividade, mediante mecanismos tributários (financiamento endógeno à delegação). Além disto, deve ser feita por lei. Trata-se de um mecanismo de realização de políticas públicas, que segundo o art. 175, III, da Constituição Federal, ao se referir à política tarifária, não exige que seja sempre cobrada uma tarifa dos usuários, permitindo, inclusive, a não cobrança de qualquer valor.

A segunda tem relação territorial, chamados de financiamento interno (ou endógeno) à delegação: internos, aqueles concedidos no âmbito territorial de cada titular ou cruzados, aqueles concedidos nas hipóteses de gestão associada e prestação regional, ou seja, entre localidades distintas. Ora, a aplicação do subsídio, neste caso, depende da vontade do titular

⁹⁰ PEDROSA, V. A. **Práticas Tarifárias do Setor de Saneamento Brasileiro**. RBRH – Revista Brasileira de Recursos Hídricos. Vol. 6, n.2, Abr/ Jun 2001, p. 59-71.

dos serviços, dentro de seu território (interno) ou em mais de um (cruzados), o que significa dizer que neste último caso depende da vontade dos titulares, ou seja, deve haver a anuência de se aproveitar economicamente do superávit tarifário de uma localidade para cobrir o déficit de outra, dependendo do firmamento de um convênio de cooperação ou consórcio público, ou ainda nas regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos, cujo instrumento de criação é uma lei estadual, e portanto, caso haja decisão colegiada neste sentido, poderão ser aplicados.

Os subsídios cruzados, aliás, são uma das grandes incógnitas da lei. Para o setor, um dos fatores que viabilizam o desenvolvimento do saneamento básico em todo o Brasil é a prática do subsídio cruzado, pois possibilita equalizar a justiça social, o desenvolvimento tecnológico e a manutenção dos investimentos em todos os Municípios. O subsídio cruzado ocorre quando um usuário realiza pagamento maior pelo serviço para que outro também possa dele usufruir.

Isto porque deve ser considerado o alto valor dos investimentos para a implantação dos serviços de saneamento básico em localidades menores ou mais carentes, pois a tarifa tende a ser mais alta pela menor escala econômica, pela menor possibilidade de diluição dos custos fixos de manutenção e operação, enquanto que em localidades maiores há maior capacidade de pagamento por parte dos usuários e até mesmo dos Municípios em prever em seus orçamentos receitas para os subsídios não tarifários.

Ora, diante da inviabilidade da aplicação do subsídio cruzado sem a anuência dos Municípios “ricos”, e diante do crescente movimento privatista justamente dos sistemas superavitários, para quem restariam os pequenos ou pobres Municípios nos quais os investimentos são altos demais para o baixo retorno econômico?

É muito comum que o preço mais baixo cobrado de uma classe de consumidores (ou os incentivos financeiros dados a uma classe de produtores) seja compensado por preço mais alto cobrado aos demais consumidores.

De um lado⁹¹, o uso de subsídios na fixação de tarifas reduz a eficiência da economia, penaliza os consumidores não subsidiados, reduz a transparência sobre quanto custa cada classe de subsídio, distorce a política orçamentária, e viabiliza a sobrevivência de subsídios ineficientes com base em pressão política de grupos beneficiários⁹².

⁹¹ MONTALVÃO, Edmundo; MENDES, Marcos. **O que é “subsídio cruzado” e como ele afeta a sua conta de luz?** *Fev.2012*. Artigo disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/02/12/o-que-e-subsidio-cruzado-e-como-ele-afeta-a-sua-conta-de-luz/> Acesso em: 18 mai. 2015.

⁹² <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/02/12/o-que-e-subsidio-cruzado-e-como-ele-afeta-a-sua-conta-de-luz/>

“Para que o subsídio seja efetivamente medido e avaliado, faz-se necessária a abertura dos dados de consumo por categoria e faixas de consumo e ainda segregados por água e esgoto para cada município operado pelo prestador regional”⁹³.

No setor de energia elétrica há vários casos de aplicação de subsídios, como o consumo de energia pela população de baixa renda, o incentivo à produção de energia por fontes alternativas, a eletrificação rural, entre outros.

Edmundo Montalvão⁹⁴ faz uma análise detalhada dos itens que compõem a conta de luz e enumera os seguintes mecanismos explícitos e implícitos de subsídios, que representam itens de despesa somados à tarifa básica de energia elétrica e encarecendo a fatura paga pelos consumidores finais:

“Reserva Geral de Reversão (RGR): originalmente foi criada para acumular recursos para indenizar as empresas concessionárias ao final da vigência da concessão e para financiar a expansão do setor elétrico. Concedendo financiamentos a taxas de juros inferiores às de mercado, constitui um subsídio às empresas de energia que usam tal mecanismo de financiamento. Além disso, passou a ser usado como fonte de recurso para financiar o Programa Luz para Todos, representando um subsídio aos beneficiários do programa, em geral moradores de localidades rurais remotas.

Conta de Consumo de Combustíveis dos Sistemas Isolados: utilizado para subsidiar a conta de luz dos consumidores localizados em áreas que não estão conectadas ao sistema interligado nacional de energia (Acre, Rondônia, Manaus, Amapá e pequenas cidades nas regiões Norte e Centro-Oeste), cuja energia é obtida principalmente mediante o uso de termelétricas de alto custo.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA): subsídio para incentivar a participação da energia elétrica produzida por fontes alternativas, como a eólica, a biomassa e as pequenas centrais hidrelétricas.

Conta de Desenvolvimento Energético: tem por objetivo subsidiar as contas de luz dos consumidores de baixa renda, os investimentos do PROINFA e o transporte de gás natural para alguns estados.

Fontes de energia incentivadas: subsídios previstos para energia solar, eólica, de biomassa e pequenas centrais hidrelétricas, mediante desconto de pelo menos 50% nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição.

Aquicultura e irrigação: desconto para essas atividades quando praticadas entre as 21h30 e as 6h00.

Consumidores rurais: a despeito de o custo de fornecimento de energia em meio rural ser mais alto, devido à baixa densidade geográfica dos consumidores, a tarifa cobrada é mais baixa, com o desconto variando de acordo com a concessionária.

Água, esgoto e saneamento: concessionárias desses serviços gozam de desconto de 15% nas tarifas.

Consumidores de baixa renda e Luz para Todos: além da parcela de subsídio financiada por instrumentos acima citados, há parcelas desses subsídios transferidas diretamente ao consumidor como itens de custo das concessionárias”.

⁹³ BUCCINI, Aline Rabelo Assis; COSTA, Samuel Alves Barbi; MARTINS, Marina Guedes. **Desvendando o mito do subsídio cruzado no Brasil: um estudo baseado no SNIS 2010**. VIII Congresso Brasileiro de Regulação. Disponível em: <http://www.abar.org.br/biblioteca/trabalhos-tecnicos-apresentados-no-viii-congresso-abar.html>. Acesso: em 18 jan. 2015.

⁹⁴ MONTAVÃO, Edmundo. **Impacto de tributos, encargos e subsídios setoriais sobre as contas de luz dos consumidores**. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal. Texto para discussão nº 62. 2009. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm Acesso em: 18 mai. 2015.

Ora, durante muito tempo no Brasil, não se deu a devida importância ao desenvolvimento social, dando prioridade em infraestruturas voltadas para o setor econômico e de produção industrial, como o da energia elétrica, de modo que uma política forte no setor de energia elétrica, bem como em altos índices de investimento público demonstra a prioridade adotada pelo governo brasileiro ao setor energético.

Durante muitos anos, o subsídio cruzado foi uma das vantagens econômicas para justificar o modelo de gestão do saneamento no Brasil baseado nas Companhias Estaduais de Saneamento Básico, principalmente na época do Plano Nacional de Saneamento, o PLANASA.

Municípios superavitários são, em virtude dos dados das empresas prestadoras dos serviços, os que podem pagar uma tarifa acima dos custos. O excesso de arrecadação é transferido como subsídio cruzado para os Municípios deficitários, que assim são considerados aqueles que não podem pagar uma tarifa que cubra seus custos básicos.

Não obstante, o subsídio cruzado é estatisticamente importante para explicar o comportamento da margem operacional apenas para Municípios com população até 10 mil habitantes. Segundo pesquisa⁹⁵, o subsídio cruzado influencia no comportamento da margem operacional dos Municípios, fazendo com que a operação superavitária de Municípios maiores seja necessária para cobrir os custos de operação e garantir a expansão de atendimento em Municípios menores ou mais pobres.

No entanto, a forma de rateio das despesas por Município influencia os resultados, pois algumas prestadoras o realizam por meio do volume faturado de água e esgoto de cada Município, enquanto outros mediante o número de economias ou ligações existentes.

Sobre subsídio cruzado, o Decreto Federal nº 82.587/1978 deve ser interpretado mediante o seu art. 9º, “a”, quando menciona que “às companhias estaduais de saneamento básico caberá executar a programação estadual de saneamento básico, em consonância com os objetivos e metas do PLANASA”, ou seja, se o planejamento era estadual parte-se da premissa que os artigos 10 e 11, citados neste trabalho, também se encaixam no conceito de subsídio cruzado.

O subsídio cruzado genuíno ocorre por regiões do Estado atendidas por um único prestador, sendo a tarifa única para toda área de abrangência, em razão de economias de escala⁹⁶, eis que ocorre uma maior distribuição das despesas de operação e manutenção nas

⁹⁵ BUCCINI, Aline Rabelo Assis; COSTA, Samuel Alves Barbi; MARTINS, Marina Guedes. *Op. Cit.*

⁹⁶ TIBALLI, M. L. S. **Subsídio cruzado: Fator fundamental para o desenvolvimento de saneamento básico em todos os municípios brasileiros; maiores e menores.** Cidades do Brasil. Curitiba, v. 25, out. 2001.

localidades adensadas, e em consequência as áreas com populações maiores subsidiariam a operação e manutenção de áreas menores.

Tal espécie de subsídio originada com o PLANASA forma a lógica de estruturação das Companhias Estaduais de Saneamento Básico, pois reduzia a influência dos Municípios, ao instituir a mesma tarifa para toda a área de abrangência da empresa, não tendo sido suficiente, entretanto, para universalização dos serviços de esgotamento sanitário no Brasil, em virtude de não inclusão destes custos das tarifas, tendo sido um dos pontos mais relevantes na modelagem institucional de setores de serviços públicos⁹⁷.

Assim, seria possível angariar recursos nos pontos superavitários, de forma a financiar a ampliação dos serviços, preponderantemente de água, à grande parte da população que ainda não contava com eles.

Segundo Rubens Teixeira Alves⁹⁸, as empresas estaduais de saneamento sobrevivem em virtude da prática do subsídio cruzado não muito explicitado, transferindo superávits de determinadas regiões em que atuam para outras que necessitam de investimento e preços baixos para atrair demanda. Para o mesmo, ainda não há transparência na forma com que este subsídio é estabelecido. Daí a importância do aprimoramento de técnicas de rateio de custos quando se adota a prestação regionalizada.

Os Municípios com população inferior a 10 mil habitantes, segundo estudo mencionado⁹⁹, apresentam margem operacional negativa, sendo o comportamento da margem operacional crescente conforme o tamanho dos Municípios.

No estudo realizado, “as regiões Norte e Nordeste apresentam margem operacional negativa para municípios com população abaixo de 20 mil habitantes e 50 mil habitantes, respectivamente”. Assim, nestes casos, o subsídio cruzado seria imprescindível para custear a operação e manutenção de Municípios de menor porte, que se caracterizam normalmente, por serem deficitários. Em outros casos, o superávit ocorre apenas nos custos de operação e manutenção, de modo que o subsídio cruzado deveria existir para tornar viáveis os investimentos para universalização dos serviços nos Municípios menores destas regiões.

“Outro ponto importante a ser ressaltado é que as margens são crescentes à medida que a população aumenta. Isto sugere que de fato existe um ganho de escala na operação de áreas de cobertura maiores”¹⁰⁰.

Disponível em: <<http://cidadesdobrasil.com.br/cgi-cn/news.cgi?cl=099105100097100101098114&arecod=13&newcod=355>>. Acesso em: 15/abr/2013.

⁹⁷ ALVES, Rubens Teixeira. *Op. Cit.*

⁹⁸ *Ibidem*

⁹⁹BUCCINI, Aline Rabelo Assis; COSTA, Samuel Alves Barbi; MARTINS, Marina Guedes. *Op. Cit*

A terceira e última hipótese legal das espécies de subsídios mencionadas na LDNSB é relacionada à origem dos recursos que serão utilizados como subsídio: tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária do titular, ou fiscais (não tarifários), quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções. No primeiro, a previsão de determinada receita para cobrir os custos da prestação dos serviços fará parte da composição tarifária, adimplida pelos próprios usuários, como uma tarifa comercial mais cara que a residencial, por exemplo. No segundo, um ente da federação, normalmente, prevê um recurso em seu orçamento para pagar ao prestador ou isentá-lo de alguma obrigação, no intuito fazer frente às despesas ou investimentos da empresa prestadora. No subsídio fiscal, portanto, o Estado utiliza-se de receitas do orçamento geral para custear a diferença criada pela tarifa.

O subsídio tarifário é aplicado das seguintes formas: entre categorias de consumo, quando as categorias comercial, pública e industrial financiam as faixas residenciais mais baixas. Aliás, rotineiramente as tarifas públicas não são adimplidas, principalmente nos pequenos Municípios, fazendo com que este instrumento de subsídio seja desperdiçado, ao contrário do que a suposta esperteza do gestor improbo leva a crer; entre faixas de consumo, de modo que quanto maior o consumo mais se paga pelo metro cúbico da água ou esgoto coletado; entre regiões, como nas Regiões Metropolitanas, por exemplo, que pela escala, subsidiam grande parte dos Municípios do interior dos Estados. Este último caso é o genuíno subsídio cruzado, pois é feito entre localidades, enquanto os dois primeiros podem ser realizados internamente.

Assim, os subsídios fiscais advêm de legislação do titular dos serviços, ou outro ente da federação, enquanto os tarifários poderão advir também do ente de regulação. Tais normas regulatórias se referem às condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo a política de subsídios. Percebe-se que a lei atrela a aplicação de subsídios tarifários ao equilíbrio contratual, de modo que o ônus não seja repassado ao prestador dos serviços, como normalmente acreditam o senso comum ou profissionais que não tiveram acesso às informações legais.

Segundo a Lei Federal nº 4.320/64, uma das espécies de despesa são as subvenções, sendo as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, podendo ser subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de

¹⁰⁰*Ibidem*

caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa, ou subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril. Esse termo é trazido pela Lei nº 11.445/2007, quando menciona que não gerarão crédito perante o titular os investimentos feitos sem ônus para o prestador, tais como os decorrentes de exigência legal aplicável à implantação de empreendimentos imobiliários e os provenientes de subvenções ou transferências fiscais voluntárias, e no caso dos recursos não onerosos da União, para subvenção de ações de saneamento básico promovidas pelos demais entes da Federação, que serão sempre transferidos para Municípios, o Distrito Federal ou Estados.

Segundo a contabilidade pública, o subsídio conferido pelo Poder Público ao prestador pode ser caracterizado ou como subvenção, quando se tratar de subsídio dado para custeio das atividades dessas empresas, isto é, para a cobertura de déficits operacionais; ou, como transferência de capital quando se tratar de subsídio para a realização pelo ente beneficiado de investimentos em obras, fornecimento de equipamentos etc. Enfim, vincula, assim, as subvenções e as transferências de capital à cobertura de déficits dos entes beneficiários: déficit operacional, no caso das subvenções; e, déficit decorrente da realização de investimento, no caso das transferências de capital.

Subsídios são também mencionados quando a lei trata do Contrato de Articulação de Serviços Públicos de Saneamento Básico, para casos onde há mais de um prestador para o mesmo titular, em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra. Neste caso, a regulação e a fiscalização das atividades objeto do contrato mencionado serão desempenhadas por único órgão ou entidade, que definirá as normas econômicas e financeiras relativas aos subsídios. Mais uma vez, a decisão da previsão dos subsídios recai sobre os entes de regulação.

3.3 Os subsídios às tarifas na regulação, a fixação das tarifas módicas e o equilíbrio econômico financeiro dos contratos

Como visto, outro tema trazido pela lei correlato aos subsídios é o da regulação. O objetivo da regulação é interpretar e fixar critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios. Ou seja, o ente de regulação deve normatizar (normas de regulação) critérios regulatórios para a gestão da aplicação dos subsídios. Segundo a lei, tal norma da entidade de regulação se refere às dimensões técnica, econômica e social da prestação dos serviços, e abrange os subsídios tarifários e não

tarifários. No entanto, a previsão de um subsídio fiscal (não tarifário) na norma de regulação depende de legislação do titular dos serviços. Neste ponto, para que haja a aplicação de subsídios cruzados, a existência de um ente regulador regional ou estadual é um facilitador.

A regulação tem como objetivo definir tarifas e outros preços públicos que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a modicidade tarifária e de outros preços públicos, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade, sendo o subsídio um instrumento econômico utilizado para compatibilizar o direito do consumidor em ter uma tarifa módica, eis que se trata de um serviço público essencial, e o do prestador de serviço em ter equilíbrio econômico-financeiro de seu contrato.

Para Luiz Alberto Blanchet, “tarifa módica é a que propicia condições para o concessionário prestar o serviço adequado e, ao mesmo tempo, lhe possibilita a justa remuneração dos recursos comprometidos na execução”.¹⁰¹ Ora, mas e quando se depara com custos elevados que cominam em uma tarifa alta apenas para cobrir custos com manutenção e operação?

Até porque na composição das tarifas devem ser inseridos todos os custos, notadamente quando se adota a regulação por custo ou regulação por taxa de retorno (*rate of return regulation*).¹⁰²

Ora, segundo a já mencionada Lei de Saneamento Básico, um dos conteúdos do contrato de programa ou concessão é a previsão de regras para a fixação, o reajuste e a revisão das taxas, tarifas e outros preços públicos aplicáveis ao contrato. Isto porque na remuneração dos serviços, a sustentabilidade econômico-financeira deve ser assegurada.

Para Raquel Dias da Silveira “o serviço de saneamento básico, notadamente pela relevância social e o interesse público envolvido na titularidade (a saúde da população), há que obedecer ao princípio da modicidade do valor pago pelos usuários em decorrência da fruição”¹⁰³. As localidades onde este serviço revela déficit crônico, se fosse compensado apenas pelo aumento de tarifas, tornariam os valores proibitivos aos usuários.

Os subsídios existem e devem ser aplicados no intuito de dar viabilidade econômica e financeira ao prestador para fazer frente às despesas com a manutenção e continuidade dos

¹⁰¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e permissão de serviços públicos: comentários à lei n. 8987, de 13 de fevereiro de 1995, e à lei 9.074 de 7 de julho de 1995**. Curitiba: Juruá, 1995. P. 55

¹⁰² TUROLLA, Frederico Araújo. **Modelos de regulação tarifária e a Lei n. 11.445/2007**. In GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro. **Regulação do Saneamento Básico**. Barueri: Manole, 2013. P 125-165

¹⁰³ SILVEIRA, Raquel Dias da. **O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de serviço de saneamento básico e o direito público subjetivo do usuário à modicidade da contraprestação**. In PICININ, Juliana; FORTINI, Cristina. *Op. Cit.* P. 265.

serviços públicos, incluindo as despesas para o custeio das conexões intradomiciliares, pois é comum, nos Municípios pobres ou regiões carentes de qualquer localidade, que as ligações principalmente de esgoto não sejam finalizadas pelo usuário por falta de recursos para interligar o ramal predial às caixas de inspeção. O outro objetivo dos subsídios é o de propiciar a universalização do acesso ao saneamento básico, ou seja, que todos os domicílios tenham os serviços.

Tal sustentabilidade será respeitada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o que significa que a sustentabilidade poderá advir de outra fonte de recurso, diversa da tarifária, como por exemplo a não tarifária. Antes de se tornar contrato, as obrigações oriundas do Plano de Saneamento necessitam ser filtradas pelo estudo de viabilidade econômica, financeira e técnica, oportunidade em que também serão analisados os subsídios.

A Lei, portanto, admitiu que a empresa prestadora seja remunerada mediante recursos oriundos da exploração de todas as potencialidades do serviço, os quais não se limitam à cobrança de tarifas dos usuários, chamadas¹⁰⁴ de apropriação de ganhos econômicos derivados de oportunidades acessórias ou secundárias.

A remuneração deve ser suficiente para que se permita a recuperação dos custos dos serviços prestados em regime de eficiência, preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente.

Um (grande) dos desafios da prestação dos serviços de saneamento básico é equalizar a modicidade com a sustentabilidade. Este princípio “significa que a tarifa deve ser praticada com o menor valor possível para cobrir os custos de operação, proporcionar o retorno dos investimentos e também conferir uma margem razoável de retorno ao prestador”¹⁰⁵. No entanto, por definição, tarifa módica não será tarifa deficitária.

Tal afirmação pode ser comprovada na LDNSB, que prevê como diretrizes para fixação das tarifas, preços públicos e taxas, a instituição clara e objetiva das mesmas, observando: prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública; ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços; geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço e do planejamento; inibição do consumo supérfluo e do desperdício de

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 367.

¹⁰⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do Concessionário – Concessões comuns e Parcerias Público Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 70

recursos; recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência; remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços contratados; estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços; incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.

Ou seja, o prestador “não presta um serviço por mera benemerência”¹⁰⁶, pois “do contrário, o interessado investiria seus recursos (...) em outra atividade que considerasse mais vantajosa”¹⁰⁷.

Nestas diretrizes, destaca-se a previsão na composição tarifária da ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços. Ou seja, os usuários de baixa renda têm prioridade em relação aos de renda média ou alta, de modo que mediante a utilização de subsídio, pagarão menos e terão prioridade na ampliação do acesso.

A Lei nº 11.445/2007 garante o equilíbrio econômico-financeiro mediante dois processos de movimentação tarifária, que deve ser tornado público com antecedência mínima de trinta dias com relação à sua aplicação, consoante seu art. 39. O primeiro é o reajuste, que é realizado observando-se o intervalo mínimo de 12 (doze) meses, de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais. O segundo é a revisão, que compreenderá a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas e de outros preços públicos praticados e poderá ser periódica, objetivando a apuração e distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado ou extraordinária, quando se verificar a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, que alterem o seu equilíbrio econômico-financeiro, o que normalmente ocorre a cada quatro anos.

Enfim, somente com a adoção de subsídio às tarifas é que se pode manter a modicidade, o equilíbrio econômico-financeiro, respeitar os direitos fundamentais, principalmente nas regiões Norte e Nordeste do Brasil.

¹⁰⁶ *Ibidem*. P. 38.

¹⁰⁷ *Ibidem*. P. 39

4 ALTERNATIVAS AOS SUBSÍDIOS CRUZADOS PARA GARANTIA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Não obstante, devem ser analisadas outras possibilidades quando os subsídios cruzados restarem inadequados ou não forem da vontade dos titulares. Devem ser buscadas alternativas para a substituição da prática tarifária do subsídio cruzado, mantendo o atendimento dos serviços à população mais pobre do Brasil¹⁰⁸.

No Brasil é improvável que as tarifas, sozinhas, assegurem os objetivos de universalização e garantam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. E sempre foi assim.

Uma das soluções seria a criação, por exemplo, de um fundo nacional com recursos da cobrança do uso de águas. “A finalidade de se instituir cobrança pela utilização da água não é a de arrecadar dinheiro para os cofres do Estado. A finalidade é fazer com que o usuário do recurso dê o devido valor ao bem”¹⁰⁹, para evitar o desperdício e financiar a estrutura de gerenciamento dos recursos hídricos do Estado. Estes recursos poderiam ser utilizados para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos sistemas deficitários.

Há claramente uma dificuldade de financiamento dos serviços de saneamento apenas pela via tarifária, de modo que se faz necessária uma política de subsídios. “Estes podem ter uma dimensão intrassistema, contribuindo para que as tarifas permitam uma recuperação quase integral dos custos, ou extrassistema, reforçando o papel dos fundos orçamentários”¹¹⁰. A ligação entre a renda da população e o acesso aos serviços demonstra a necessidade de efeitos tarifários distributivos.

Outra saída seria o Estado (ente da Federação) arcar com subsídios de investimento (condições de amortização diferenciadas) e de consumo (direto). Nos subsídios diretos, remunerando diretamente a prestadora do serviço por um consumo mínimo de um domicílio privilegiado.

Ora, a Administração Pública deve participar com a implantação de subsídios diretos ou indiretos, notadamente nos Municípios deficitários, garantindo a prestação dos serviços para a população mais pobre. Tal situação não é novidade, como no caso do Município de

¹⁰⁸ VIDAL, Aluizio Tadeu. Furtado. **As perspectivas do saneamento básico no Brasil**. Dissertação de mestrado. Disponível em: http://www.lareferencia.info/vufind/Record/BR_5217fdb64341fc3b38c31db666be3c05/Details Acesso em: 18 mai. 2015.

¹⁰⁹ SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. **A propriedade da água no Brasil**. In Xavier, Yanko Marcius de Alencar, IRUJO, Antonio Embid, SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. *O Direito de Águas no Brasil e na Espanha: Um Estudo Comparado*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2008. p. 139-157. p. 154.

¹¹⁰ CARVALHO, Vinícius Marques. *Op. Cit.* P. 344

Natal, que apesar de ter a sua população capacidade razoável de pagamento, os serviços de manejo de resíduos sólidos são subsidiados pelo orçamento municipal, como consta no orçamento de 2015¹¹¹, para o serviço de limpeza pública e manutenção e funcionamento da URBANA (sociedade de economia mista municipal), foram previstos R\$ 159.163.000,00, tendo em vista que a taxa de limpeza pública não é suficiente para arcar com a completude das despesas.

O fato é que, no Brasil, os menores Municípios apresentam maior deficiência nos serviços, com menor índice de cobertura, e não estão localizados em Regiões Metropolitanas. Em caso de privatização dos maiores, quem vai investir nestes locais com inviabilidade econômico-financeira, uma vez que com a titularidade estadual se consegue trabalhar com os subsídios cruzados? Ou seja, a participação privada aumentaria os gastos públicos, pois os Municípios menores só teriam como alternativa, muitas vezes inviável, o financiamento dos serviços a partir de seus orçamentos. A iniciativa privada não se interessaria com os serviços nas localidades não passíveis de lucro, pela própria lógica do mercado. Restaria então a incumbência para o Estado, a fundo perdido ou para os Municípios que, já atualmente, não têm condições de arcar com as necessidades locais.

Mais uma alternativa seriam os recursos federais. A União possui incumbência legal para dar uma solução ao presente caso. Segundo o art. 49, VII, da Lei nº 11.445/2007, é da competência da política federal a promoção de alternativas de gestão para viabilizar a autossustentação econômica e financeira dos serviços de saneamento básico, com ênfase na cooperação federativa.

No mesmo sentido, segundo o art. 50, § 1º, da mesma Lei, na aplicação de recursos não onerosos da União, será dada prioridade às ações e empreendimentos que visem ao atendimento de usuários ou Municípios que não tenham capacidade de pagamento compatível com a autossustentação econômico-financeira dos serviços, vedada sua aplicação a empreendimentos contratados de forma onerosa.

No entanto, apesar do espírito cooperativo, houve veto ao art. 54 da Lei nº 11.445/2007, que previa subsídio da União por meio de créditos de PIS e CONFINS. Tal “subvenção havia sido objeto de acordo no Congresso e era considerada ponto crucial para a aprovação da Lei, tendo em vista que a redução de impostos permitiria o investimento expressivo em obras visando à universalização do serviço de saneamento básico para a

¹¹¹ Disponível em: <http://natal.rn.gov.br/transis/orcamento/> Acesso em 20 mai. 2015

população, beneficiando especialmente a mais carente”.¹¹² Mas e os subsídios para a manutenção e operação?

Assim, poderia se aventar a possibilidade de uma relação entre o referido choque tributário setorial e um esforço do governo federal, objetivando afetar investimentos de entes subnacionais dos quais não obtém benefícios políticos. Enquanto isto direciona recursos para seus próprios programas em áreas em que detém maior protagonismo.

O modelo estadual de prestação dos serviços é outra saída para a problemática. Os Municípios, antes da Constituição de 1988, não tinham força de ente federados, por isso não tinham mais estrutura nem capacidade técnica e financeira suficientes para prestarem os serviços a contento. No tocante à capacidade financeira, pouco foi alterado, diante da má distribuição tributária brasileira. Neste sentido, acreditou-se à época do PLANASA que uma empresa estadual poderia lograr maior êxito na gestão dos serviços nos Municípios. Ademais, este modelo permitia o uso constante de subsídios cruzados, de modo que sistemas superavitários amenizavam a situação dos deficitários. Mais do que isto, permite a utilização de critérios de rateio dos custos de modo mais equânime.

Com a gestão estadual, a utilização de critérios de rateio de custos mais justa seria uma maneira de levar o serviço para as regiões mais pobres, pois milhares de Municípios mal possuem orçamento para pagarem seu pessoal ou tarifas de energia elétrica. Além disto, se direitos fundamentais são desrespeitados por falta de condições financeiras do Município, que seria titular do interesse local, este mesmo interesse passa a ser regional, uma vez que, neste caso, deve ser tratada pelo Estado-Membro em cujo território estiver localizado tal Município. Assim, “o problema deixa de ser local e toma uma amplitude maior, pois a ausência de saneamento básico irá afetar também o Estado-Membro”¹¹³.

A unificação do planejamento e execução do serviço de saneamento básico de agrupamento de Municípios gera a economicidade e eficiência de recursos naturais e financeiros, quando do aproveitamento de estações de tratamento e redes de distribuição e coleta para diversas comunidades, por exemplo, permitindo um importante instrumento de combate às desigualdades sociais e manutenção da modicidade tarifária: critérios de rateio dos custos comuns, como a estrutura da administração central da empresa, sistemas adutores, etc. Portanto, o modelo regionalizado é uma solução mais viável.

¹¹² DEMOLINER, Karine Silva. *Op. Cit.* p. 179

¹¹³ DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. **A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil.** In PICININ, Juliana; FORTINI, Cristina. *Op cit.* p. 75.

Como já visto, em outro ponto a ser destacado, muitas empresas adotam o critério de número de economias para o rateio dos custos comuns, o que acaba penalizando os Municípios mais pobres, de modo que o critério volumétrico penaliza aquele que possui um maior consumo, quase sempre os mais abastados.

A eficiente operação e manutenção dos sistemas em áreas de extrema pobreza demanda custos bem acima aos requeridos para padrões comuns de eficiência. Ou seja, os custos são superiores à capacidade de pagamento destas pessoas.

Outras hipóteses são igualmente viáveis.

O fato da União ser obrigada por lei a dispor de recursos não onerosos dando prioridade aos Municípios deficitários faz surgir a ideia da formação de um consórcio público ou firmamento de convênio de cooperação para a gestão associada do saneamento básico nestas localidades, com participação da União e do Estado-membro onde se localizam os Municípios, para viabilizar os sistemas deficitários.

Há ainda a possibilidade de a União adquirir ações de empresas de economia mista prestadoras dos serviços, e fazer o investimento ou despesas com manutenção e operação com recursos orçamentários, caracterizando-se como subsídio.

Uma fonte interessante de recursos que poderia ser utilizado em saneamento básico é o caso previsto no § 2º do art. 198 da Constituição Federal, quando despesas com saneamento básico poderiam ser classificadas como as de obrigação dentro das cotas constitucionais com gastos relativos à saúde, já que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais”. Até porque o art. 200 da CF/88 menciona que cabe ao SUS “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico”.

O art. 3º da Lei Complementar Federal nº 141/2012, em seu inciso VI e V informam que as despesas com saúde podem ser a de “saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar” e “saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos”. Pouco, mas ajuda.

Outra solução seria a utilização de subsídio cruzado por parte do Estado-membro no tocante aos sistemas adutores pertencentes ao seu patrimônio e sua gestão, de modo que o custo com a exportação de água poderia ser trabalhada de forma a cobrar uma tarifa mais barata dos Municípios deficitários. Estes bens não entrariam na composição tarifária no tocante à amortização (apenas depreciação), de modo a permanecer a propriedade para o

Estado, e não ser revertido ao final da concessão. Esta solução se mostra bem viável, principalmente na região Nordeste, quando os sistemas adutores são bem constantes na maioria dos Municípios.

Segundo o inciso VI do art. 35 da Lei Complementar do Estado do Rio Grande do Norte nº 482, por exemplo, cabe à Secretaria de Recursos Hídricos e Meio Ambiente “projetar, licitar, executar, fiscalizar e receber as obras e serviços de engenharia relacionados com infraestrutura hídrica afetos à SEMARH e às Entidades a ela vinculadas”, ou seja, o Estado do Rio Grande do Norte optou em subsidiar com seus recursos orçamentários obras como adutoras, que beneficiam muitos Municípios, e não trazem impacto à tarifa dos consumidores.

O Estado-membro pode assumir diversos compromissos, como pagamento de indenizações oriundas de desapropriações, cessão de bens públicos, exploração do biossólido para agricultura, etc.

Mais uma solução plausível seria a criação de fundos, mediante legislação estadual. Tais fundos seriam compostos mediante recursos provenientes de contribuições dos próprios prestadores, cujos valores seriam repassados à tarifa.

Um dos casos que necessitariam ser normatizados seria um fundo, o qual seria abastecido com uma porcentagem do faturamento dos Municípios, para serem utilizados em situações de emergência, como a seca. Ora, quando um sistema de abastecimento de água entra em colapso, por conta de falta de manancial, a empresa prestadora é obrigada a suspender o faturamento. Mas e os custos com pessoal, energia elétrica, material de expediente, não existirão mais? Claro que sim, pois a empresa não pode parar as suas atividades. E durante este período, quem paga esta conta? Este fundo seria utilizado nestas situações. Aliás, em qualquer caso de emergência ou calamidade. Outro fundo que poderia ser criado seria destinado para a cobertura dos custos nos Municípios deficitários, sendo um subsídio cruzado normatizado por lei.

No Estado do Rio Grande do Norte já existe a previsão legal da criação de um Fundo de Saneamento Básico, que na prática ainda não foi regulamentado. Tal Fundo é previsto no art. 9º e seguintes da Lei Estadual nº 8485/2004, e foi chamado de FUNESAN, e tem como objetivo “assegurar meios financeiros para aplicação exclusiva nas ações relativas ao abastecimento de água, esgotamento sanitário e reuso das águas, com prioridade para aquelas constantes do Plano Estadual de Saneamento Básico”.

Segundo a Lei referida, os recursos financeiros do FUNESAN constariam dos respectivos orçamentos de cada exercício e seriam depositados em conta específica, aberta em

banco oficial e movimentada conjuntamente pela Secretaria de Estado do Planejamento e das Finanças (SEPLAN) e pela CAERN (empresa prestadora estadual). Constituiriam recursos do FUNESAN: 1% (um por cento) dos Recursos do Tesouro Estadual, excetuadas as vinculações constitucionais ou legais, arrecadação com impostos e as receitas com destinação específica; 5% (cinco por cento) da receita tarifária da CAERN, não incidindo sobre as parcelas relativas a investimento estabelecidas nos contratos de concessão; as doações, de qualquer natureza, de pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Brasil ou no exterior; outras receitas ou dotações orçamentárias que lhe vierem a ser destinadas.

Ainda segundo esta Lei, a participação financeira de cada Município no Fundo seria estipulada em face da comprovada necessidade de investimento de cada um, constante do respectivo contrato de concessão ou de aditivos próprios. Os recursos do Fundo seriam destinados, mediante a apresentação, pela Entidade Executora do Plano Estadual de Saneamento Básico, de Planos de Aplicação e Desembolso: à elaboração de planos, programas, estudos e projetos com vistas à implantação, à ampliação e às melhorias de redes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário; à aquisição de bens e à execução de obras, prioritariamente as de esgotamento sanitário, e de serviços técnicos e profissionais; ao desenvolvimento institucional e tecnológico.

Continuando o raciocínio das propostas, outra ideia seria a adoção de subsídios fiscais, por exemplo, por parte dos Estados-membros, na isenção de ICMS nas faturas de energia elétrica para as empresas de saneamento, e por parte da União do PIS/COFINS. Em relação ao ICMS, tais recursos poderiam ser utilizados para amenizar o déficit entre arrecadação e despesas com os Municípios deficitários, vez que a energia elétrica representa o insumo mais oneroso para os serviços de abastecimento de água, por exemplo.

Há ainda a instituição de receitas marginais às tarifas, cuja finalidade é contribuir para a modicidade tarifária. São aquelas oriundas de atividades distintas do serviço delegado pelo Poder Público, guardando relação econômica com a atividade. Tais receitas poderiam ser angariadas mediante a exploração de espaços publicitários, como nas faturas, cessão de uso de espaços comerciais, exploração de créditos de carbono ou biogás, etc.

Uma solução é dada pela Lei das Parcerias Público-Privadas. Nas concessões patrocinadas, a aplicação de recursos públicos ocorre adicionalmente à cobrança de tarifas dos usuários. Já nas concessões administrativas, não há cobrança de tarifas, sendo o custeio é arcado integralmente pelo Estado.

Por fim, a existência de um ente de regulação estadual seria um facilitador na implantação de uma política de subsídios, vez que possuiriam uma visão bem mais abrangente

da problemática, ao contrário dos entes de regulação municipal. Aliás, “o exercício da política tarifária incumbe ao Estado – e não, obviamente, ao prestador do serviço”¹¹⁴.

¹¹⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Op. Cit.*. P. 110

CONCLUSÃO

Diante de todo o imbróglio existente, pode-se indagar: por que investir neste setor? Porque é fundamental a prestação positiva do Estado quando se está diante de um serviço indispensável. Mas em muitos casos não há condições de pagamento para a população compatível com o alto custo do serviço.

Em realidade, como já visto, a tarifa paga pelo usuário sustenta não só a rede de distribuição municipal, que leva água à sua residência, mas financia, também, a construção de barragens, reservatórios, adutoras, emissários e estações de tratamento de água e esgoto.

Por isso, apenas por meio da gestão regional ou estadual com uma prestação em escala e de forma universal é possível que o Saneamento Básico esteja presente em todos os Municípios, ricos ou pobres. É necessário, assim, compensar, por meio dos subsídios cruzados, os Municípios lucrativos com os Municípios deficitários.

Não obstante, a indefinição da problemática dos subsídios cruzados vem gerando e pode acarretar vários empecilhos. Um deles é a extinção das atuais empresas estaduais, que podem não ter os seus investimentos devidamente reembolsados, ou até mesmo despesas com manutenção e operação, trazendo o ônus apenas para a empresa prestadora.

Muito se discute quanto à controvérsia que existe entre a água como valor econômico e como valor social. Isto porque quando se cobra uma tarifa ou preço público para o serviço de fornecimento, o Estado não pode furtar o acesso aos que estão em linhas extremas de pobreza (ou qualquer pessoa). Por isto, a prestadora dos serviços deve adotar preços módicos, acessíveis. No Brasil, a criação de tarifas sociais e especiais é um reflexo desta política da água como valor social.

Todos têm o direito e a necessidade vital de acesso ao saneamento básico. Para isto, existe este serviço público, tendo como meta justamente atender ao interesse público. Aliás, esta deve ser a prioridade, não o lucro. Afinal de contas, trata-se de serviço público essencial.

Ademais, quando se está diante de direitos fundamentais, é necessário um maior cuidado na atividade hermenêutica, pois aqueles, sem a interpretação, não podem ser aplicados e conseqüentemente, concretizados, sendo este o grande objetivo.

Desta forma, a Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico poderá ser melhor compreendida por todos: sempre à luz da Constituição, mas com os olhos voltados à Justiça, mesmo que seja a menos injusta.

Para que haja o atingimento universal, a carência de condições financeiras de grande parte da população deve ser mitigada com a adoção das chamadas tarifas sociais e por intermédio da implementação dos subsídios, principalmente os cruzados, que na maioria das vezes são aplicados de modo a equilibrar sistemas (municipais) deficitários com os superavitários. Além disto, há a necessidade de manutenção da modicidade das tarifas.

Na contramão, a redação do Projeto de Lei federal nº 5296/05, visava findar com os subsídios cruzados, prática que permitia (e ainda permite) às Companhias Estaduais de Saneamento ampliar os serviços de saneamento básico aos Municípios mais pobres, onde o valor arrecadado não é suficiente para este objetivo.

A norma prevista no art. 73 condicionava o uso desses subsídios à formação de um consórcio público entre os Municípios que seriam beneficiados pelo sistema, de modo que as Companhias Estaduais só poderiam adotá-los se o Estado-membro fizesse parte do mencionado consórcio público. Ademais, esses subsídios apenas poderiam voltar a ser praticados depois de passados cinco anos de vigência da Lei.

O grande objetivo do serviço público de saneamento básico é a sua universalização, que tecnicamente, a universalização dos serviços pode ser considerada um desenvolvimento utópico, tendo em vista que crescimento demográfico impede a cobertura absoluta e instantânea, necessitando o sistema ser diuturnamente aprimorado, atentando-se à questões de viabilidade técnica e econômico-financeira para novos sistemas.

Segundo a Lei nº. 11.445/2007 e a Organização das Nações Unidas, a universalização corresponde ao desenvolvimento, ou seja, à melhoria das condições de vida das pessoas. Para isto, é preciso investimento considerável de todos os entes federados (subsídios), vez que a melhoria do saneamento básico é de competência comum.

O Programa de Aceleração ao Crescimento do Governo Federal é um dos exemplos recentes do grande investimento que vem sendo realizado neste setor, principalmente os recursos a fundo perdido, considerados não onerosos, não impactando no preço das tarifas.

A cooperação surge, então, como um meio apaziguador de embates, um instrumento de consenso, visando à universalização do serviço e o equilíbrio econômico-financeiro da prestação.

Neste contexto, a gestão do serviço, que também não se confunde com a sua prestação, poderá ser:

a) compartilhada entre Estado e Municípios, prevista no art. 25, § 3º da Constituição Federal. Tal espécie de gestão ocorre nas Regiões Metropolitanas, microrregiões, aglomerações urbanas, e nos Municípios pertencentes à mesma bacia hidrográfica, nos

moldes do sistema adotado na Alemanha. Assim, importantes os Conselhos metropolitanos e os Comitês de bacia. Na verdade, a titularidade é do Estado, mas a gestão é obrigatoriamente compartilhada com os Municípios, ou seja, estes devem participar;

b) associada entre Estado e os Municípios pobres pertencentes a sistemas integrados. Este modelo poderá ser concretizado por meio de consórcios públicos ou convênios de cooperação, previstos no art. 241 da Constituição Federal;

c) municipal, quando houver interesse predominantemente local, em Município autossustentável econômica e estruturalmente, com manancial próprio.

Na gestão associada dos serviços de saneamento básico, Estado e Municípios integram-se de modo voluntário (integração pactuada) visando resultados de interesse público comum, cabendo a denúncia unilateral (mas o contrato de programa persiste). O subsídio cruzado é opcional.

Na compartilhada, Estado e Municípios integram-se de forma obrigatória (integração constitucional necessária) para os mesmos fins, mas que os serviços foram postos, por cláusula constitucional de exceção, sob a competência executora estadual, pelo art. 25, § 3º, não cabendo, assim, denúncia unilateral (desfazimento administrativo) já que objeto de Lei Complementar Estadual. Neste caso, a maioria dos votos pode decidir aplicar o subsídio cruzado em detrimento dos entes com votos vencidos.

Na gestão associada ou compartilhada, como em uma Região Metropolitana, percebe-se que o interesse comum predomina, sendo possível o exercício de subsídios cruzados (princípio da distribuição justa dos encargos correspondentes) e a economia de escala, para uma população muito maior. No entanto, os mais pobres não estão localizados nestas regiões.

Seguindo este modelo, pode-se alcançar os objetivos da Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico com mais eficiência, trazendo a todos a tão sonhada universalização do serviço. Garantir-se-á, desta feita, o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado, à moradia, sob a chancela da dignidade da pessoa humana.

Os Estados-Membros possuem capacidade econômica mais equilibrada e saudável para investir no setor, para praticar justiça social quando da aplicação de subsídios cruzados, a fim de sustentar sistemas deficitários com a solidariedade dos superavitários, a chamada solidariedade financeira.

Tais subsídios por mecanismos internos restringem a noção de solidariedade social, pois ao invés de se socorrer a fontes externas (mecanismos tributários incidentes sobre a população em geral), aplica-se o ônus apenas a uma parcela de usuários.

A organização associativa serve para dar maior efetividade das políticas públicas regionais de modo mais homogêneo de questões essenciais, como o acesso ao saneamento básico. Não só por meio da gestão associada ou compartilhada, mas de órgãos de articulação e assistência, com Federações de Municípios, ou entidades estaduais prestadoras de assistência técnica. Todos estes mecanismos são de grande valia para o desenvolvimento dos serviços públicos básicos, principalmente nas regiões mais carentes do país.

A união de esforços permite a otimização de recursos, contribuindo para que o serviço seja prestado aos Municípios deficitários. A depender das condições geográficas do local, não pode ser o serviço restrito a um Município, sendo necessária a prestação integrada a uma determinada região, possibilitando eficiência e economicidade. Aplicando-se o princípio da subsidiariedade, devem-se esgotar as alternativas consensuais (mais baratas e mais ágeis), antes de recorrer às compulsórias.

Sendo as arrecadações de tarifa nos Municípios pobres ou com grandes desafios operacionais abaixo dos custos de investimentos (chamados sistemas deficitários) e mesmo de manutenção e operação (comercial, inclusive, vez que às vezes os custos com o pagamento do agente arrecadador é quase igual ao da tarifa social) das prestadoras de serviços, a universalização dos serviços e o respeito dos direitos fundamentais somente serão concretizados com subsídios, públicos ou privados, não necessariamente os cruzados.

Seriam exemplos, como já explicitados: a criação de um fundo nacional com recursos da cobrança do uso de águas; adoção de subsídios estatais, incluindo os recursos federais; isenção de PIS/COFINS por parte da União; a manutenção do modelo estadual de prestação dos serviços com a utilização de critérios de rateio de custos mais justa; a formação de consórcio público entre a União, Estado-membro e Município deficitário, para exercer a titularidade dos serviços; a aquisição de ações de empresas de economia mista prestadoras dos serviços pela União; a classificação de despesas com saneamento básico como as de obrigação dentro das cotas constitucionais com gastos relativos à saúde; a utilização de subsídio cruzado por parte do Estado-membro no tocante aos sistemas adutores pertencentes ao seu patrimônio e sua gestão; a criação de fundos, mediante legislação estadual, para serem utilizados em situações de emergência, como a seca ou para a cobertura dos custos nos Municípios deficitários; a adoção de subsídios fiscais por parte dos Estados-membros, na isenção de ICMS nas faturas de energia elétrica para as empresas de saneamento; a instituição de receitas marginais às tarifas, como a exploração de espaços publicitários, como nas faturas, cessão de uso de espaços comerciais, exploração de créditos de carbono ou biogás, etc.; a adoção da Lei das Parcerias Público-Privadas; a existência de um ente de regulação estadual.

Todos estes obstáculos devem ser ultrapassados, e o controle social é um instrumento importante de cobrança aos poderes públicos para a implantação destas alternativas ao subsídio cruzado. O Estado deve assumir o seu papel de promover a concretização de direitos fundamentais, incluindo o acesso ao saneamento básico, ante a sua importância e imprescindibilidade à vida humana, notadamente quando se fala em abastecimento de água. Quando houver o acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico, haverá o desenvolvimento, que se refletirá em uma melhoria na condição de vida das pessoas. Todos estão sequiosos por esta definição.

REFERÊNCIAS

- ADEDE Y CASTRO, João Marcos. **Água: um direito humano fundamental**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.
- ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do saneamento**. Campinas: Millenium. Brasil, 2007.
- ALVES, Alaôr Caffé. **Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 57-82, jan/mar. 2001.
- ALVES, Rubens Teixeira. **PPPs, concessões e subsídios cruzados**. Rio de Janeiro: Valor Econômico, 26 de julho de 2004.
- ARAÚJO, Marcos Paulo Marques. **Adoção da Gestão Associada para a Prestação da Disposição Final de Resíduos Sólidos Urbanos à Luz da Lei n. 11.445/07, Lei de Saneamento Básico (LSB)** *In* Fórum de Direito Urbano e Ambiental n. 35, set/out, 2007.
- BARROS, R. T., CHERNICHARO, C. A. L., HELLER, L. SPERLING, M. M. **Manual de saneamento e proteção ambiental para os municípios**, volume II, saneamento. Belo Horizonte: FEAM, 1995.
- BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t.2.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e permissão de serviços públicos: comentários à lei n. 8987, de 13 de fevereiro de 1995, e à lei 9.074 de 7 de julho de 1995**. Curitiba: Juruá, 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2077-BA**. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI2077ErosGrau.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1842-RJ**. Voto do Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/votojobimadi1842.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.
- BRUNONI, Nivaldo. **A tutela das águas pelo Município**. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de. **Águas – aspectos jurídicos e ambientais**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- BUCCINI, Aline Rabelo Assis; COSTA, Samuel Alves Barbi; MARTINS, Marina Guedes. **Desvendando o mito do subsídio cruzado no Brasil: um estudo baseado no SNIS 2010**.

VIII Congresso Brasileiro de Regulação. Disponível em: <http://www.abar.org.br/biblioteca/trabalhos-tecnicos-apresentados-no-viii-congresso-abar.html>. Acesso: em 18 jan. 2015.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico** – Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento – Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. **A questão da competência para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil**. In PICININ, Juliana; FORTINI, Cristina. Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEMOLINER, Karine Silva. **Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIAS, Gilka da Mata. **Cidade sustentável – fundamentos legais, política urbana, meio ambiente, saneamento básico**. Natal: Ed. do Autor, 2009.

DIMOLIUS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FARIAS, Paulo José Leite. **Água: bem jurídico econômico ou ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FERRAZ, Sérgio. **As Regiões Metropolitanas no Direito Brasileiro** in Revista de Direito Público n. 37-38.

FERREIRA, Luiz Tarcísio. **Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais**. Belo horizonte: fórum, 2006.

GRAF, Ana Cláudia Bento. **A tutela dos Estados sobre as águas**. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Org.) **Águas – aspectos jurídicos e ambientais**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney. **Água: um direito fundamental ou uma mercadoria?** In Direito, Água e Vida. Vol 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**; Tradução João Batista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KLOSE, Izabel Maria Antunes Luzia; FRANCO, Ninon Machado de Faria Leme. **Bacias, Comitês e Consórcios Intermunicipais: a gota d'água para o novo planejamento ambiental.** In: O direito ambiental das cidades. Rio de Janeiro: DP & A, 2004.

LOMAR, Paulo José Villela In MUKAI, Toshio (Org.) **Saneamento Básico: diretrizes gerais. Comentários à Lei n. 11.445 de 2007.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2008.

MILARÉ, Edis. **A participação comunitária na tutela do ambiente.** Revista forense, v.. 317. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

MONTAVÃO, Edmundo. **Impacto de tributos, encargos e subsídios setoriais sobre as contas de luz dos consumidores.** Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal. Texto para discussão nº 62. 2009. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm Acesso em: 18 mai. 2015.

MONTALVÃO, Edmundo; MENDES, Marcos. **O que é “subsídio cruzado” e como ele afeta a sua conta de luz?** Fev.2012. Artigo disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/02/12/o-que-e-subsidio-cruzado-e-como-ele-afeta-a-sua-conta-de-luz/> Acesso em: 18 mai. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Parecer para a Companhia de Saneamento do Pará (COSANPA)** In Revista de Direito Administrativo. Janeiro-março. n. 219. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 357-387.

MOTA, Suetônio. **Introdução à engenharia ambiental.** 3ª ed. Rio de Janeiro: ABES, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **O Saneamento Básico no Brasil: desafios e perspectivas sob o prisma do direito administrativo aplicado.** Boletim de Direito Administrativo [recurso eletrônico], São Paulo, v. 24, n. 7, p. 795-815, jul. 2008. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/7303/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1 Acesso em: 18 mai. 2015.

MUKAI, Toshio (Org.) **Saneamento Básico: diretrizes gerais.** Comentários à Lei n. 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MUKAI, Toshio. **As competências dos entes federados na Constituição de 1988.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 184, p. 86-96, abr. /jun. 2001.

PEDROSA, V. A. **Práticas Tarifárias do Setor de Saneamento Brasileiro.** RBRH – Revista Brasileira de Recursos Hídricos. Vol. 6, n.2, Abr/ Jun 2001, p. 59-71.

PICININ, Juliana de Almeida; COSTA, Camila Maia Pyramo. **A gestão associada de serviços públicos de saneamento básico à luz do art. 241 da Constituição Federal e das Leis Federais n. 11.107/05 e n. 11.445/07.** Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 6. N. 72, p. 38-57. Dez 2007. Editora fórum.

PINTO, Bibiana Graeff Chagas. **Saneamento básico e direitos fundamentais: questões referentes aos serviços públicos de água e esgotamento sanitário no direito brasileiro e**

no direito Francês. In direitos humanos e meio ambiente. Vol I. São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2002.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração do Concessionário – Concessões comuns e Parcerias Público Privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano. **Região Metropolitana e seu regime constitucional.** 1 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. **A propriedade da água no Brasil.** In Xavier, Yanko Marcius de Alencar, IRUJO, Antonio Embid, SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. *O Direito de Águas no Brasil e na Espanha: Um Estudo Comparado.* Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2008. p. 139-157.

SILVEIRA, Raquel Dias da. **O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de serviço de saneamento básico e o direito público subjetivo do usuário à modicidade da contraprestação.** In PICININ, Juliana; FORTINI, Cristina. Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TIBALLI, M. L. S. **Subsídio cruzado: Fator fundamental para o desenvolvimento de saneamento básico em todos os municípios brasileiros; maiores e menores. Cidades do Brasil.** Curitiba, v. 25, out. 2001. Disponível em: <<http://cidadesdobrasil.com.br/cgi-cn/news.cgi?cl=099105100097100101098114&arecod=13&newcod=355>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, In Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Ingo W. Sarlet – org. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3-5.

TUROLLA, Frederico Araújo. **Financiamento dos serviços de saneamento básico.** In MOTA, Carolina. (coord.) – Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal n. 11.445/07 – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TUROLLA, Frederico Araújo. **Modelos de regulação tarifária e a Lei n. 11.445/2007.** In GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro. Regulação do Saneamento Básico. Barueri: Manole, 2013. P 125-165

VIDAL, Aluizio Tadeu. Furtado. **As perspectivas do saneamento básico no Brasil.** Dissertação de mestrado. Disponível em: http://www.lareferencia.info/vufind/Record/BR_5217fdb64341fc3b38c31db666be3c05/Details Acesso em: 18 mai. 2015.