



PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI)

Projeto de atualização, revisão e complementação ao Plano Municipal de Saneamento Básico, bem como estudo integrado de viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira e jurídica para estruturação e modelagem adequada a modernização e realização de melhorias no sistema de execução dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário do Município de Orlandia

BLOCO 3 – Estudos Jurídicos

Setembro de 2017



SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO.....	6
2. PRESSUPOSTOS JURÍDICOS DO ESTUDO PROPOSTO	10
2.1 Políticas Públicas e Planejamento de Governo:	11
2.2 PLANEJAMENTO E EXECUÇÃO DOS PLANOS DE GOVERNO	14
2.3 PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO:	17
2.3.1 Objetivos, metas e finalidades.....	24
2.3.2 Diretrizes nacionais lei 11.445/2007	26
2.3.3 Diretrizes locais – Plano municipal de saneamento básico.....	30
2.3.4 Execução do plano municipal de saneamento básico.....	37
2.3.5 Departamento de água e esgoto de Orlandia	37
2.3.5.1 Contratos com a iniciativa privada.....	39
2.4 Problemas atuais, objeto de estudo	41
3 ESTRUTURA JURÍDICA ADMINISTRATIVA:	43
3.1 Poder executivo	43
3.1.1 O Estado regulador.....	46
3.2 Serviços público, conceito, instituição, regulamentação e controle.....	48
3.3.1 Requisitos	51
3.3.2 Remuneração	53
3.3.3 Direitos dos usuários	54
3.3.4 Deveres dos usuários	55
3.3.5 Suspensão da prestação	55



3.4 Modelos de execução e gestão	56
3.4.1 Execução centralizada e descentralizada.....	57
3.4.2 Descentralização para pessoa pública	59
3.4.2.1 Autarquia.....	59
3.4.2.2 Fundação pública.....	61
3.4.2.3 Agências executivas	63
3.4.2.4 Agências reguladoras	63
3.4.2.5 Consórcios públicos	66
3.4.3 Descentralização para pessoa privada	70
3.4.3.1 Concessão de serviço público	70
3.4.3.2 Permissão	86
3.4.3.3 Autorização	87
3.4.3.4 Parcerias público privadas.....	87
3.5 Descentralização para pessoa governamental	94
3.5.1 Empresa pública	95
3.5.2 Sociedade de economia mista	96
3.5.3 Fundação privada	97
3.6 Desestatização e privatização.....	98
4 MODELAGEM JURÍDICA PROPOSTA	101
ANEXOS	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105



1. APRESENTAÇÃO



O presente estudo jurídico apresenta, de forma sistematizada, a estruturação de governo, o planejamento e execução das políticas públicas setoriais, no caso, especificamente, o planejamento e execução dos planos municipais de saneamento básico, as formas e modalidades juridicamente plausíveis para execução dos serviços públicos, em prol da qualidade, eficiência e interesse público perseguido.

O instrumento jurídico utilizado tem por fim viabilizar os estudos, diagnósticos e prognósticos, objetivando a proposição de um modelo adequado ao interesse público primário, sobretudo ao aprimoramento e desenvolvimento da forma de execução dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Orlandia.

Os estudos jurídicos decorrem de um Procedimento de Manifestação de Interesse de iniciativa privada, um instrumento jurídico por excelência para planejar e estruturar bons projetos de infraestrutura para o desenvolvimento dos serviços públicos.

O planejamento e a estruturação de bons projetos de infraestrutura são ações fundamentais para a provisão de serviços públicos de qualidade à população, tais como fornecimento de água potável, esgotamento sanitário, educação, saúde, energia elétrica e transporte. Além disso, há uma correlação inequívoca entre investimento em infraestrutura, crescimento econômico, redução da pobreza e elevação dos níveis de qualidade de vida. Diante desses fatores, o estudo, inicialmente, propõe uma noção geral sobre planejamento público, políticas públicas voltadas aos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, de forma a contextualizar teoria (planejamento) e prática (execução), ou seja, como o que foi planejado, no âmbito das políticas públicas municipais, está sendo implementado e executado e, a partir de então, identificar a problemática objeto de estudo.

Por oportuno, apresentamos a mudança de paradigmas de um Estado *Provedor* para Estado *Regulador*, a irresistível mudança nas bases do Estado com o processo de desestatização evidenciado na década de 90, ou seja, pós constituição de 1988, que impôs ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a execução dos serviços públicos.

E, como fruto desse novo modelo de execução indireta dos serviços públicos, adveio a participação social como verdadeira baliza e diretriz legitimadora do processo de planejamento e fiscalização dos serviços públicos, evidenciada na imprescindibilidade de consultas ou audiências públicas para formação e aprovação dos planos setoriais de governo, no caso, o Plano Municipal de Saneamento Básico, tratando-se de inegável avanço aos ideais democráticos.

Na sequência, abordaremos os serviços públicos com ênfase na qualidade e eficiência, transpondo a mera disponibilidade, enquanto direito dos usuários, os pressupostos jurídicos para



atendimento das necessidades públicas, os princípios jurídicos regentes, com destaque para a mutabilidade do regime jurídico de sua prestação, que consiste na realização e concretização do ideal constitucional imposto ao Poder Público. Se há a imposição de prestação dos serviços públicos pelo Poder Público, deve corresponder-lhe alternativas de viabilizar e concretizar tal mandamento constitucional.

Neste contexto, passaremos a explorar as formas de execução dos serviços públicos, centralizada ou descentralizada, ou seja, as alternativas jurídicas existentes no ordenamento pátrio para viabilizar a concretização de serviços públicos regulares e eficientes. O foco das alternativas pressupõe o diagnóstico e problemas locais para visualizar as dificuldades e propor o modelo mais adequado do ponto de vista jurídico, considerando as interfaces técnicas e econômico-financeiras, considerando, inclusive, a capacidade própria e estrutura necessárias para desenvolver as políticas públicas de saneamento básico, nas vertentes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e conseqüentemente a concretização dos ideais democráticos e objetivos da República Federativa do Brasil.

E, não menos importante, não podemos dissociar os problemas locais de interfaces políticas e econômicas, especialmente em momentos econômicos turbulentos. O desenvolvimento de projetos que viabilize alternativas é uma estratégia importante para que os governos consigam disponibilizar a infraestrutura necessária para o atendimento das necessidades públicas e dos mandamentos legais pertinentes. Porém, uma parte importante e dispendiosa deste processo se refere à fase de preparação de projetos. A Administração Pública, nas suas diferentes esferas federativas, nem sempre está equipada e capacitada, técnica e gerencialmente, para a execução das tarefas englobadas nessa fase.

Sobretudo, porque a legislação pátria apresenta grandes entraves burocráticos e procedimentais para que os governos se apropriem, rapidamente, das estruturas técnicas capazes de desenvolver esses projetos, com a qualidade e dentro dos prazos necessários. Nesse cenário, é a partir do reconhecimento de uma lacuna estrutural na preparação de projetos que há diversas instituições, como BNDES e outros organismos afetos, empreendendo esforços para criar Programas de Fomento à Participação Privada, visando apoiar os governos municipais, estaduais e até federal, na preparação de projetos, objetivo perseguido no presente estudo.

O êxito desses estudos e projetos, nos mais variados níveis de governo e setores, tem motivado operações e transações que geraram considerável investimento privado e milhares de empregos no país. Resta assente a oportunidade e legitimidade do presente estudo.



Os PMIs (Procedimentos de Manifestação de Interesse) ganharam força, especialmente a partir de 2010, de forma que os governos têm adotado cada vez mais esses mecanismos com o ímpeto de gerar novos projetos e atender às demandas de infraestrutura mais prementes.

A finalidade macro do presente estudo jurídico, em conjunto com demais volumes, consiste em utilizar este mecanismo jurídico para apresentar e viabilizar soluções técnicas, jurídicas e econômico-financeiras para o desenvolvimento público. Sobretudo, considerando que o interesse em serviços públicos de qualidade é comum, porque deles depende o desenvolvimento dos particulares, enquanto efetivos destinatários do serviço público. Logo, nada mais oportuno que a convergência de interesses e que a iniciativa privada atue de forma legítima como coadjuvante na análise, reflexão e modelagem das políticas públicas, no âmbito do saneamento básico, nas vertentes abastecimento de água e esgotamento sanitário.



2. PRESSUPOSTOS JURÍDICOS DO ESTUDO PROPOSTO



2.1 Políticas Públicas e Planejamento de Governo

As políticas públicas encontram-se como matriz de qualquer atuação legítima governamental, traduzem o conjunto de ações, metas e planos que os governos, na sua respectiva esfera (federal, estadual ou municipal), traçam para alcançar o bem estar da sociedade e o interesse público. O pressuposto desta assertiva é que os governos estão preocupados com os interesses da sociedade, assim, as políticas públicas podem ser evidenciadas nas escolhas do governo, ou seja, “o que o governo escolhe fazer” ou sua abstenção, “não fazer”. As políticas públicas, também, têm efeitos concretos em “quais as áreas prioritárias e essenciais” dentro de um cenário com interfaces políticas, econômicas e sociais.

As políticas públicas podem ser evidenciadas em diversos instrumentos, com destaques aos planos, nesse sentido GIANNINI¹ *“favorável ao planejamento, admitindo que a atividade administrativa se desenvolve por meio de planos, tendência que parece encontrar, atualmente uma correspondência com a realidade”*.

Por sua vez, a Constituição Federal define ser o planejamento determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, conforme disposto no art. 174². Como decorrência lógica desse preceito, a ausência de planos e planejamento inviabiliza o setor público, eis que são instrumentos de definição das políticas públicas. Muito embora as políticas públicas sejam mais amplas que os planos, para realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados, deverão ser mecanismos indissociáveis. Conclui BUCCI (1997, op. cit pág. 95) *“Políticas Públicas são programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo”*.

A expressão mais reiterada das políticas públicas é o plano, que pode ter caráter geral (ex. Plano Nacional de Desenvolvimento), regional ou, ainda, setorial (Plano de Saneamento Básico, Plano de Educação, entre outros). Nesses casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política pública definida, suas metas temporais, os instrumentos institucionais de sua realização, entre outras condições de implementação.

¹ 1991, *apud* BUCCI 1997. Pág. 95.

² Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (g.n)

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.



Um outro aspecto acerca da distinção das políticas públicas quanto ao que poderíamos classificar como “nível hierárquico” em relação aos fins, citamos a Política Nacional de Saneamento Básico (Lei 11.445/2007), que traduz uma política geral para o setor de saneamento básico, política “de fins”, cuja execução supõe a formulação de políticas “de meios”, que digam respeito as especificidades como, por exemplo, a forma de execução dos serviços públicos de abastecimento de água, esgotamento sanitário, coleta de resíduos e drenagem urbana, (direta, indireta, associada, terceirizada, entre outras). No caso, caberá aos Municípios, no âmbito de sua competência suplementar e interesse local, definir a mais adequada modelagem jurídica, prerrogativa que decorre do princípio federativo, evidenciada nos Planos e Políticas Municipais de Saneamento Básico.

Independente da ótica, o que há de comum entre todas políticas, em suas diferentes acepções, dando sentido ao agrupamento delas sob o mesmo conceito jurídico, é o processo político de escolha de prioridades para o Governo, em termos de objetivos e procedimentos. Ilustrando o tema, a política nacional de saneamento básico (Lei 11.445/2007) externa um conjunto de opções ao governo municipal em matéria de saneamento básico, relativas por exemplo, as formas de execução (art. 8º): os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços.

Mais adiante, o art. 9º impõe ao titular formular a respectiva política pública de saneamento básico, devendo elaborar os planos de saneamento básico, prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, e, ainda, adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, fixar os direitos e deveres dos usuários, estabelecer mecanismos de controle social, estabelecer sistema de informações sobre os serviços, articulado com Sistema Nacional de Informações em Saneamento; intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nos casos e condições previstos em lei e no contrato.

Por sua vez, as políticas instrumentais (de meios) do setor devem estar racionalmente coordenadas com a política maior (de fins) e adotar as suas prioridades quanto aos meios, viabilizando a realização das finalidades da política principal do setor, quer executar diretamente os serviços com os limites burocráticos, técnicos e financeiros conhecidos nos governos municipais, ou delegar visando um aprimoramento tecnológico e um *know-how* setorial, tendo por foco o controle e a fiscalização, a exemplo do que ocorreu nos portos, aeroportos, na telefonia, entre outros setores atualmente desenvolvidos pela iniciativa privada.

Como se vê, o planejamento não é uma escolha vazia de conteúdo político, tendo em vista que consiste em uma função técnica voltada à realização de valores sociais, ou seja, do bem estar



social. Ressaltando a importância do planejamento, Fábio Konder Comparato³ ***“Acontece que não foi apenas pela forma de governar que o Estado contemporâneo reforçou os poderes do ramo executivo. Foi também pelo conteúdo da própria ação governamental. Doravante e sempre mais, em todos os países, governar não significa tão-só a administração do presente, isto é a gestão de fatos conjunturais, mas também e sobretudo o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo”***.

O êxito das políticas públicas decorre de um eficaz e eficiente planejamento pela Administração, pressupõe a elaboração dos planos de governo, a definição de políticas voltadas ao interesse público e, sobretudo, a satisfação e concretização do quanto planejado, ou seja, a viabilização diretamente ou indiretamente e a execução do quanto planejado, sob pena de frustrar o bem comum e o interesse público.

Ainda, as políticas públicas são um tema pouco estudado e explorado, além disso, contam com recursos metodológicos escassos e frágeis, denotando-se uma demanda prática e uma distância acadêmica entre o direito e o campo das políticas públicas. Assim, Coutinho⁴ faz uma crítica salutar ao ensino brasileiro, que embora venha se dedicando ***“a formar magistrados, advogados, promotores, procuradores, defensores políticos, autoridades públicas e políticos há quase dois séculos, não se propôs, especificamente, a formar profissionais do direito preparados para estruturar, operar e aprimorar políticas públicas e programas de ação governamental”***.

Aquele autor adverte que as políticas públicas se desenvolvem diariamente por procedimentos mediados por códigos, leis, decretos, regulamentos, portarias, circulares, e outras espécies normativas, ao que os juristas são demandados a opinar, responder consultas, defender, questionar e decidir sobre os diversos temas, todavia, ainda há uma distância acadêmica entre o direito e o campo das políticas públicas. Razão esta que os profissionais da área devem empreender maior esforço em seus estudos, sobretudo recorrendo ao direito comparado.

No caso, a ênfase deste estudo assentará nas políticas públicas de saneamento básico, que são planejadas e arquitetadas nos Planos Municipais de Saneamento Básico, em consonância com as diretrizes nacionais, havendo uma política hierárquica evidente na Lei 11.445/2007 – que estabelece diretrizes nacionais para o Saneamento Básico. Assim, pelo princípio federativo os Municípios devem formular suas políticas de acordo com as diretrizes nacionais.

No direito constitucional brasileiro, as políticas públicas mais comumente se expressam por meio de leis⁵, como por exemplo:

³ 1989, *apud* BUCCI). Pág. 96.

⁴ 2010. Pág. 03

⁵ Constituição Federal de 1988.



Art. 21. Compete à União:

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

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

(...)

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

(....)

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

Depreende-se que a Constituição Federal outorgou competência concorrente entre as três esferas da federação relativamente ao Saneamento Básico, em total observância a hierarquia na definição da política, ou seja, a União instituiu diretrizes gerais, consistentes nos fins perseguidos nesse setor, o que foi positivado pela Lei 11.445/2007 e, como decorrência, estabeleceu as ações de “melhorias das condições de saneamento”, ou seja, o desenvolvimento e a instrumentalização das demais esferas de Governo, Estados e Municípios.

2.2 PLANEJAMENTO E EXECUÇÃO DOS PLANOS DE GOVERNO

O planejamento público é o instrumento por excelência para definir as áreas prioritárias de atenção do governo, objeto propriamente das políticas públicas, as quais se desenvolvem por meio de planos com definições mais concretas. A definição das políticas públicas e o planejamento público consistem no primeiro desafio evidenciado pelos governos. Um plano de governo satisfatório deve definir a área prioritária, objeto de planejamento e responder as seguintes questões: *(i)* ‘o que fazer (objetivos)?’; *(ii)* ‘Como fazer (método)?’; *(iii)* ‘quando fazer (metas a curto e longo prazo)?’; e *(iv)* ‘quem irá fazer (poder público diretamente / indiretamente ou delegar empresa privada)?’.

O ato de planejar almeja partir de um estado presente, caracterizado por um diagnóstico da situação, para uma situação futura desejada, ao que deve contar com a participação de diferentes atores, como gestores, técnicos, sociedade civil organizada e população em geral. O pressuposto para atingir o estado futuro desejado demanda o estabelecimento de princípios, objetivos, metas, programas, projetos e ações.



O planejamento público, enquanto parte de um processo político, promove um espaço otimista de negociação entre os atores e/ou protagonistas, confrontando e articulando interesses e pretensões. Com isso, se vê uma oportunidade para uma nova construção, ordenação e definição de objetivos, portanto, instaura condições para a reconstrução da hegemonia, quando articula técnica e politicamente, os atores e protagonistas sociais⁶.

Não menos importante, com o planejamento participativo idealizado após a Lei 11.445/2007 busca-se um projeto coletivo que confira transparência às alternativas escolhidas, reconhecidas pela sociedade local e com compromisso dos agentes públicos, ao que resulta em um processo de decisão tecnicamente fundamentado e politicamente sustentado, sobre as ações necessárias e adequadas à melhoria do desenvolvimento humano nas unidades político-administrativas.

Não obstante, a importância do processo de planejamento de políticas públicas reside na implementação de um plano, pois ele conduz aos resultados finais dos projetos e ações.

Superada as diretrizes teóricas e ideais no âmbito do planejamento público, no caso, demanda transpor a análise ao campo prático e compreender as dificuldades em planejar, que na maioria das vezes está associada ao conhecimento superficial da matéria, ou seja, não há estudos e investigações profundas que resultem em um diagnóstico conclusivo do problema, assim, muitas vezes o planejamento é alheio ao problema central, restando uma deficiência nata do quanto planejado.

Em outros casos, embora o problema seja conhecido, as alternativas e proposições são dissociadas da realidade, ou seja, não há possibilidade técnica, econômica e financeira de levar a cabo o quanto planejado, tornando o planejamento inócuo e inexecutável para aquele determinado Município. Em ambos os casos não teremos resultados práticos concretos, primeiro, porque não houve a delimitação e identificação correta do problema e, segundo, porque, apesar de conhecê-lo, os meios propostos não viabilizam a execução naquelas circunstâncias.

Dessa forma, há planos de existência formal, haja vista que do ponto de vista material são absolutamente inexecutáveis, e planos que, apesar de executáveis, são inadequados e inapropriados para a realidade em que se apresentam. Em ambos os casos, o interesse público ou a política pública não serão satisfeitos, o que sobrepõe um agravante consistente na ausência de providências de replanejamento, muito embora a Lei 11.445/2007 determine a revisão periódica dos planos de saneamento (art. 19 § 4º) em até 04 (quatro) anos. Todavia, sabe-se que muitos municípios

⁶ BUARQUE, 1999.



dependem de um processo licitatório rígido e rigoroso para contratar empresa com vistas a elaborar as pretendidas revisões, o que afasta a realização das necessárias revisões.

Valendo das lições do Professor José Antônio Puppim de Oliveira⁷, avançando para o campo teórico, uma primeira escola vê o processo de planejamento de políticas públicas associado a atividades de elaborar-se planos, com isso envolvendo tomada de decisões políticas, reuniões de discussão, mapas detalhados, modelos matemáticos e cenários, criação de legislação e distribuição de responsabilidades, e, ao final, gerando um plano.

Uma outra visão de planejamento reconhece o papel da implementação, mas ainda enfatiza a elaboração de planos como chave primordial para o sucesso de políticas públicas. Uma versão um pouco mais moderna, desta visão de planejamento, tenta adicionar uma componente de implementação do plano. Com isso priorizam-se alguns mecanismos de gestão da implementação dos planos, para garantir que aquilo indicado no plano vai ser implementado. Esses mecanismos incluem monitoramento, auditorias e reuniões técnicas de acompanhamento.

Porém, por mais que se fiscalize, os resultados muitas vezes ainda são insatisfatórios, porque houve diversos tipos de problemas institucionais, muito do planejado não era executável. Um dos motivos que leva a falhas nos resultados de políticas públicas é a dissociação que se faz entre elaboração e implementação no processo de planejamento. A literatura internacional assume que os países em desenvolvimento têm maiores dificuldades técnicas, financeiras e culturais no processo de planejamento e implementação de políticas públicas.

O raciocínio expressado converge na dissonância existente entre o preceito constitucional, segundo o qual o planejamento é determinante ao poder público, enquanto que, na prática, o planejamento é tratado como etapa nitidamente formal.

Por sua vez, entre o planejamento e a execução do que foi planejado, há um longo percurso a ser enfrentado, inclusive no que diz respeito as revisões e readequações ao longo do caminho, e, não raras vezes, observamos que muitos planos municipais são limitados a um mandato eletivo de 04 (quatro) anos, sabendo que não há tempo suficiente para auferir resultados satisfatórios nesse curto período, sobretudo porque estamos a considerar um planejamento com horizonte de 20 (vinte) anos, conforme § 2º do art. 52 da Lei 11.445/2007.

Outro aspecto considerado pela Professora Hilda Maria Gonçalves da Silva (2016)⁸ é que há uma diferença salutar entre política pública de Estado e política pública de Governo. Neste

⁷ Artigo recebido em ago. e aceito em dez. 2005. Versões deste artigo foram publicadas nos anais do Enanpad 2005 e em Martins e Pieranti (2006).

⁸ SILVA, Hilda Maia Gonçalves. **Planejamento das Políticas Públicas**: curso mestrado profissional, 30 de set. 2016, f. notas de Aula. UNESP, Franca - SP.



último caso, o planejamento e a execução dos planos guarda estrita identidade e dependência com a pessoa do governo, ao que seria afetada com o término do mandato eletivo, enquanto que, no primeiro caso, a política seria mais comprometida com o bem comum e as finalidades do Estado, sendo contínua e ininterrupta com a transição de mandatos.

2.3 PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO:

Contextualizada as ideias de política pública setorial, de planejamento público, dos sujeitos envolvidos no processo de elaboração dos planos, dos instrumentos de viabilização e concretização das políticas públicas setoriais, o presente tópico visa delimitar o saneamento básico. Nesse sentido, nos valem de uma definição legal (Lei 11.445/2007) que definiu o saneamento básico como o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais. Nos termos do art. 19 do citado diploma, o plano municipal de saneamento poderá ser específico para cada serviço que compõe o saneamento, competência deliberativa a cargo do Município.

A elaboração e edição do plano municipal de saneamento é de responsabilidade do titular dos serviços, o Município, como estabelecido no artigo 9º, inciso I, da Lei Federal nº 11.445 (BRASIL, 2007):

*“Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:
I – elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei.”*

Conforme a Constituição Federal (BRASIL, 1988), o titular dos serviços de saneamento básico é o município, assim instituído em seu artigo 30, inciso V:

*“Art. 30. Compete aos Municípios:
V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.”*

Os Planos de Saneamento devem ser vistos como resultado material de um processo de planejamento, no qual os atores interessados (o Município como titular, os munícipes como beneficiários, os prestadores de serviços como executores, entre outros) consolidam juntos um entendimento sobre a situação de partida, os objetivos, os passos concretos e os prazos para atingi-los.



Algumas premissas devem ser consideradas, o plano e seu conteúdo devem ser acessíveis e de fácil entendimento, conter elementos concretos e encadeados, partindo de um diagnóstico o mais próximo da realidade possível, estabelecer indicadores de processo e resultado para o monitoramento de ações, projetos e programas, bem como de desempenho, para avaliação de metas e objetivos em termos de evolução do atendimento e cobertura dos serviços.

É sabido que a máxima importância do saneamento básico somente ganhou contornos louváveis pelo legislador pátrio em 2007, quando teve sua “certidão de nascimento” consagrada na Lei 11.445/2007. Após um longo caminho de discussões, surgiram novas perspectivas de desenvolvimento e sustentabilidade, com ênfase na saúde pública e ambiental ressaltando a própria dignidade da pessoa humana e a efetiva participação social.

Nas lições de Édis Milaré ⁹ ***“A Lei do Saneamento Básico é, sem dúvida, uma pedra infraestrutural na construção de um bem estar completo e sadio do meio ambiente urbano. Sua importância, também, é potencializada pela ausência, durante muitos anos, de uma regulamentação adequada do setor”.***

O citado diploma legal instituiu o marco regulatório do setor, estabelecendo regras jurídicas e o relacionamento entre Estados, Municípios e setor privado, prevendo estimular os investimentos, de forma a facilitar e otimizar, de modo eficiente, a universalização dos serviços, superando modelos obsoletos de gestão e execução dos serviços, antes monopolizados nas mãos do Estado.

Em total coerência com os tópicos antecedentes do presente estudo, o Plano Municipal de Saneamento Básico é um dos instrumentos da Política de Saneamento Básico do Município. Essa política deve ordenar os serviços públicos de saneamento considerando as funções de gestão para a prestação dos serviços, a regulação e fiscalização, o controle social, o sistema de informações, nos termos do Decreto n.º 7.217/2010:

“O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

I – elaborar os planos de saneamento básico, observada a cooperação das associações representativas de vários segmentos da sociedade (conforme previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001) e da ampla participação da população;

⁹ 2015. Pág. 1123.



Os Planos de Saneamento devem ser orientados pelos princípios da Política Nacional de Saneamento Básico, a qual considera que o acesso aos serviços de saneamento é uma questão essencialmente de saúde pública e, como tal, consiste em um direito do cidadão e, portanto, fundamental para a melhoria de sua qualidade de vida. A despeito disso, a elaboração e a implementação dos Planos de Saneamento representam um grande desafio para toda a sociedade.

Primeiramente, os Planos de Saneamento devem ser constituídos por meio de um processo com ampla participação da população local e dos representantes dos diversos segmentos da sociedade. Para isso, faz-se necessário estabelecer mecanismos de participação, como audiências ou consultas públicas.

Considerando que a aplicação dos recursos deve ser planejada, a lei de saneamento imputa o estabelecimento de objetivos e metas. Para isso, é necessário um diagnóstico inicial que retrate com segurança a realidade concreta, sob pena de seguir com um plano natimorto.

O processo de planejamento é um processo de decisão política, que depende de informações precisas, transparência, ética, temperança, aceitação de visões diferentes e vontade de negociar e buscar soluções conjuntamente que sejam aceitáveis para toda a sociedade e principalmente para as partes envolvidas.

Nesse aspecto a Lei 11.445/2007 (capítulos IV e V – Do Planejamento e da Regulação) deixou evidente a preocupação com a organização eficiente do setor, bipartindo-se as atribuições regulatórias e de execução, o que se apresenta um maior nível de eficiência, em comparação ao modelo anteriormente concentrado em um mesmo órgão administrativo.

De um lado, as agências reguladoras com atribuições de regulamentação, controle e fiscalização; e, de outro, órgãos públicos ou pessoas jurídicas de direito privado com função predominantemente operacional, de execução e de prestação dos serviços.

No núcleo do saneamento básico está no Estado, enquanto titular dos serviços e autor das políticas públicas setoriais, alicerçado no controle social e como coadjuvante de todos os sujeitos envolvidos nessa nova sistemática regulatória.

O processo de planejamento do setor de saneamento do Município tem caráter contínuo e é desenvolvido em diversas etapas. A elaboração do PMSB contempla, além do planejamento, a aprovação, execução, avaliação e revisão do PMSB.



Como se vê, a participação social tem significativa relevância nos planos de saneamento básico, constitui o verdadeiro núcleo das políticas públicas de saneamento básico. Partindo dessa premissa, o primeiro desafio para a elaboração dos Planos de Saneamento consiste na interação social, promovendo a elaboração de um plano adequado aos anseios sociais.

Os planos municipais de saneamento básico podem ser estruturados de três formas: (i) internamente, essencialmente por agentes públicos, sem apoio externo; (ii) via contrato de prestação de serviços, por meio da lei federal n.º 8.666, de 1993 (Lei de Licitações) para obter os estudos para apoiar, em maior ou menor grau, a equipe pública, ou via convênio (na forma do art. 116 da mesma lei); (iii) e, ainda, obtendo os estudos necessários por meio da autorização do art. 21 da lei federal n.º 8.987, de 1995 – Lei de Concessões, sem dispêndio.

No primeiro caso, como via de regra, os Municípios não dispõem de equipe técnica para desenvolver os estudos com o detalhe e rigor técnico necessário, sendo sabido os limites enfrentados pelo poder público em estudos e investigações dessa natureza. Além disso, não raras vezes a Administração Pública em Municípios menores tem ciclo de vida política, ou seja, a cada quadriênio inicia-se uma nova gestão, com novos agentes de assessoria, com poucos ou nenhum registro de informações e dados públicos pretéritos.

O segundo caminho se sobrepõe ao primeiro, eis que atinge empresas capacitadas e especializadas no assunto, traz um público específico que, ao menos em tese, deve dominar o assunto. Todavia, nesse caso o que se depreende da prática são planos genéricos e dissociados daquela realidade concreta, apesar de ser um estudo bom, não se adequa naquela realidade, ou seja, compreende um estudo despersonalizado. Dentre as diversas razões temos que a empresa contratada para tal finalidade não tem um compromisso com o melhor custo-benefício, adequação



e exequibilidade do projeto, muitas vezes seu papel encerra com a entrega de um projeto denominado Plano Municipal de Saneamento Básico e, de outro lado, o Poder Público enfrenta sérios limites para avaliar o escopo e material entregue pela empresa e sua adequação com a realidade, mesmo porque os vícios e entraves serão verificados *a posteriori*, quando de sua execução, que na maioria das vezes está remota ao planejamento.

No terceiro cenário avançamos em termos mais seguros, do ponto de vista teórico e prático, porque está implícito um interesse pela causa, ou seja, a empresa que irá realizar os estudos e propor Plano Municipal de Saneamento Básico tem compromisso com a sua exequibilidade, sustentabilidade e segurança do material entregue, pressupõe *Value for Money (VFM)* que consiste na relação entre custo e resultado, em termos de quantidade e qualidade dos projetos, considera alternativas que não visam somente o menor custo, mas considera a aquisição dos produtos e/ou serviços equivalentes, com a qualidade e quantidade adequadas, preza pela eficiência na gestão do Plano Municipal de Saneamento, sobretudo porque em caso de delegação poderá ser chamado a concorrer em um certame dentre outras interessadas em executar o projeto outrora proposto.

Nessa linha citamos os apontamentos de um Estudo coordenado pela IFC (*International Finance Corporation*) ¹⁰***“Os resultados recentes com o recurso aos PMIs para estruturação de projetos de PPP e concessão sugerem um interesse crescente em recorrer ao setor privado para a estruturação de projetos que, de outra forma, poderiam esbarrar na falta de capacidade do setor público para sua preparação. De fato, os PMIs têm algumas vantagens, uma das quais são os privados terem maior facilidade e agilidade na contratação de especialistas para a realização dos “projetos, estudos, levantamentos ou investigações” do que teria a administração pública se o fizesse via a Lei 8.666/1993. Além disso, é mais fácil o vencedor do certame reembolsar o privado responsável por esses estudos do que reembolsar o setor público, caso em que haveria forte pressão para que esse custo não fosse ressarcido. Assim, haveria uma diminuição dos custos de transação incorridos pelo setor público”.***

Nesse sentido, o Estado provoca a iniciativa privada para estudar e investigar áreas de interesse público, propor alternativas seguras e sustentáveis e atua na supervisão e controle em conjunto com a sociedade. Isso porque as demandas do Estado têm sido cada vez mais amplas e prementes que torna-se infrutífero estar na frente de execução das atividades meios, ao que em suas respectivas esferas têm assumido uma postura de controlador delegando funções tipicamente

¹⁰ **Estruturação de Projetos de PPP e Concessão no Brasil:** Diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento. Estudo coordenado pela IFC (*International Finance Corporation*) para o Programa de Fomento à Participação Privada, uma iniciativa de IFC, BNDS e BID. Publicado em Dez. 2015.



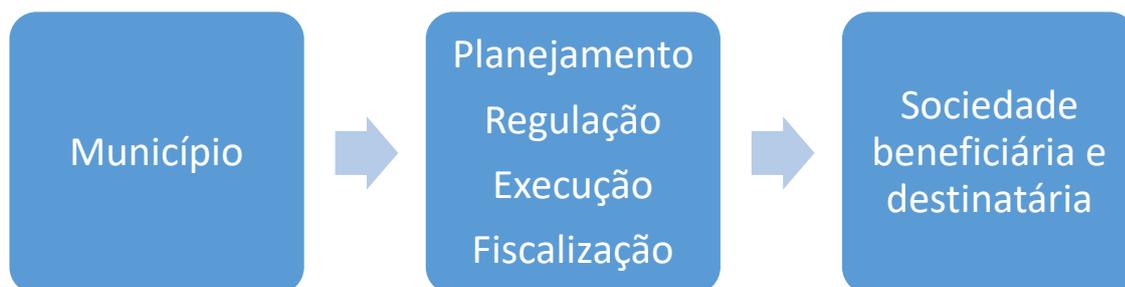
executivas que demandam uma infraestrutura própria e especializada, sem, contudo, delegar a titularidade e o interesse público.

Dessa forma, promove uma contribuição privada inerente a execução de atividades meramente operacionais, ao que identificamos os serviços públicos passíveis de delegação quanto a execução. Resguardando o amplo controle ao Estado, da sociedade em geral e outros órgãos com esta finalidade.

Nesse cenário, cada vez mais, de forma legítima, a iniciativa privada contribui como coadjuvante do Poder Público, oferecendo elementos e subsídios para definição das políticas públicas de saneamento básico ou mesmo executando com notória *expertise* os serviços públicos delegados, resguardando o controle e titularidade dos Municípios, Estados ou União e a fiscalização pelas agências reguladoras.

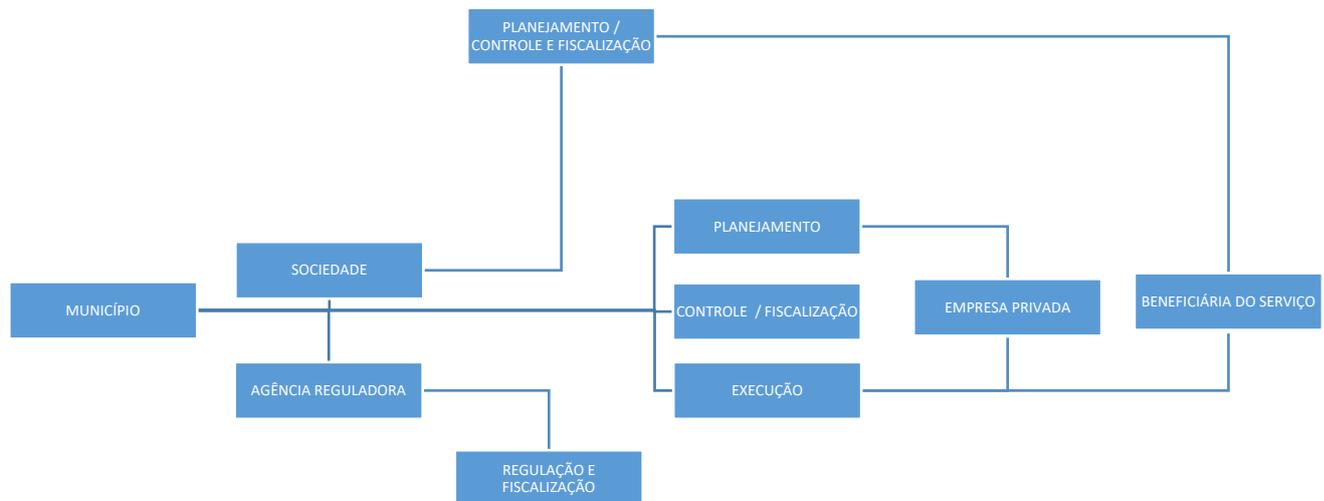
Em que se pese as dificuldades, os entraves do planejamento e a difícil execução dos planos de saneamento básico, convém apresentar um organograma otimista considerando o inegável avanço no planejamento, na execução e fiscalização das políticas públicas de saneamento, após a lei 11.445/2007 que trouxe novos coadjuvantes para contribuir com o Poder Público, o qual antes concentrava todas as fases e etapas do serviço.

Sistemática originária dos serviços de saneamento básico:



Como se vê, existe uma nítida concentração e aglutinação de atos em uma mesma pessoa de direito público, calcada no monopólio estatal decorrente de um modelo de Estado originalmente absolutista, proporcionando uma visão estreita entre o planejar, regular, fiscalizar e executar os serviços, com todas as fases sob domínio e monopólio exclusivo do ente municipal, circunstância que acaba por comprometer o resultado final satisfatório dos serviços.

Todavia, com o advento da Lei 11.445/2007 avançamos a passos largos nessa sistemática, vejamos:



Com a nova sistemática instituída pela Lei 11.445/2007, houve a democratização das políticas públicas de saneamento que conquistou novos coautores no processo de planejamento, com notório destaque para a sociedade, que foi trazida para a base estrutural dos serviços públicos, ou seja, para o planejamento público dos serviços de saneamento básico. Bem assim, que a Lei 11.445/2007 condicionou a elaboração e as revisões dos Planos Municipais de Saneamento a realização de consultas ou audiências públicas, nos termos do art. 51 do citado diploma legal.

Ainda, trouxe a entidade reguladora e dotou-a de efetivo poder de polícia, definindo como objetivos da regulação a definição de padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e satisfação dos usuários, a garantia e o cumprimento das condições e metas estabelecidas, a prevenção e repressão do abuso do poder econômico e a definição das tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico dos contratos como a modicidade tarifária. Como se vê, os objetivos da regulação implicam tanto no planejamento público como no resultado propriamente dito da política pública setorial.

É possível observar uma evolução dinâmica na fase de planejamento que está calcada não só no Município, mas trazendo a sociedade como parte coadjuvante, inclusive sua participação constituindo condição de validade do planejamento público, eis que o Plano Municipal de Saneamento Básico deve necessariamente ser submetido a consulta pública ou audiência pública. Igualmente, as agências reguladoras e as empresas privadas participam de forma legítima do planejamento, quer através de estudos ou contribuições.



Nessa nova dinâmica, o Estado, embora sendo por determinação constitucional o titular dos serviços públicos, delega as funções operacionais como a execução dos serviços, mantendo o regular e legítimo controle em um tripé: Estado – Sociedade – Agência Reguladora.

Nesse contexto, o planejamento como parte do processo político, constitui um espaço privilegiado de negociação entre os atores e/ou protagonistas sociais, confrontando e articulando seus interesses e suas propostas. O processo de planejamento representa uma oportunidade para uma nova construção, ordenação e definição de objetivos que dominam na sociedade. Ainda, cria as condições para a reconstrução da hegemonia, quando articula, técnica e politicamente, os atores e/ou protagonistas para a escolha.

2.3.1 *Objetivos, metas e finalidades*

A elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico inicia o ciclo, com a função de organizar preliminarmente o setor de saneamento no Município. Sua aprovação será realizada em forma de lei municipal, devendo ser submetida a consulta ou audiência pública.

A política e a gestão dos serviços públicos de saneamento básico devem objetivar: a sustentabilidade ambiental, contribuindo com a capacidade de suporte dos ecossistemas em absorver ou se recuperar dos impactos gerados pelas intervenções de saneamento básico e/ou pela falta, precariedade ou impropriedade dos serviços públicos de saneamento básico; a sustentabilidade social, que objetiva promover a melhoria da qualidade de vida e da saúde por meio da universalização de serviços públicos de saneamento básico de qualidade; e a sustentabilidade econômico-financeira, por meio de investimentos planejados, previstos nos planos, realizados de forma ética e com recursos públicos não onerosos e financiamentos acessíveis, e utilizando tecnologias apropriadas, bem como o estabelecimento de política tarifária e de outros preços públicos condizentes com a capacidade de pagamento dos diferentes usuários dos serviços.

Os objetivos dos planos municipais de saneamento são de caráter geral e específico, os primeiros estão associados a implantar a gestão de saneamento básico, por intermédio da elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB, que pressupõe diagnosticar o estado de salubridade ambiental da prestação dos serviços de saneamento básico e estabelecer a programação das ações e investimentos necessários para a universalização, com qualidade, destes serviços.



E, sobretudo, promover a saúde, a qualidade de vida e do meio ambiente, bem como o desenvolvimento social assim como organizar a gestão e estabelecer as condições para a prestação dos serviços de saneamento básico, de forma a que cheguem a todo cidadão, integralmente, sem interrupção e com qualidade.

Não menos importante, o PMSB tem por objetivo dotar o gestor público municipal de instrumento de planejamento de curto, médio e longo prazo, de forma a atender as necessidades presentes e futuras de infraestrutura sanitária do município.

Os objetivos específicos consistem em estudar alternativas e soluções dos problemas encontrados, propor intervenções e melhorias nos Sistemas de água, esgoto e drenagem, propor ações e investimentos e implementar medidas de proteção ao meio ambiente e à saúde pública.

As definições dos objetivos e metas devem ser elaboradas de forma a serem quantificáveis e a orientar a definição de metas e proposição dos Programas, Projetos e Ações do Plano nos componentes do saneamento básico, na gestão e em temas transversais, tais como capacitação, educação ambiental e inclusão social.

As Metas do Plano são os resultados mensuráveis que contribuem para que os objetivos sejam alcançados, devendo ser propostas de forma gradual e estarem apoiadas em indicadores. Os objetivos e metas do PMSB devem ser compatíveis e estar articulados com os objetivos de universalização do Plano Nacional de Saneamento Básico, Plano de Bacias 2010 - 2020 dos Comitês PCJ, Plano de Manejo de APA (quando existir), Plano Macro metrópole da RMC (quando o município estiver inserido na RMC) e ANA (Atlas Brasil – Abastecimento Urbano de Água).

Os objetivos definem onde se pretende chegar e as metas, que são de curto, médio e longo prazos, definem etapas intermediárias, indicadores e os prazos para se alcançar os objetivos. A exemplo: se o objetivo é a universalização dos serviços de saneamento básico, as metas poderão ser: atender 95% da população do município com o serviço de abastecimento de água até 2019 e 100%, até 2024, com os investimentos necessários para o período.

Nesse aspecto é importante ter clareza sobre onde queremos chegar. É fundamental conhecer bem a capacidade própria do município e os meios disponíveis, inclusive os recursos financeiros, para alcançar os objetivos propostos. E não só mas também definir os caminhos e os resultados a serem alcançados considerando os horizontes de curto, médio e longo prazos.

A finalidade do Plano de Saneamento tem como fundamento constitucional a justiça distributiva entre as presente e futuras gerações, o art. 225, *caput*, estabelece que TODOS têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e



preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Nesse sentido Cristiane Derani¹¹ “(...) *o texto de 1988 inova ao estabelecer uma justiça distributiva entre as gerações (ou redistribuição entre as gerações), visto que as gerações do presente não poderão utilizar o meio ambiente sem pensar no futuro das gerações posteriores, bem como na sadia qualidade de vida, intimamente ligada a preservação ambiental*”.

Como se vê, a gestão pública inadequada no âmbito do saneamento básico colide frontalmente com o art. 225 da Magna Carta, ao passo que o desperdício dos recursos naturais, como perdas de água, ausência de cumprimento de normas técnicas quanto a qualidade e tratamento da água, a falta e escassez afetam as gerações presentes e quiçá as próximas gerações. Também, a contaminação de áreas e cursos de água por ausência de manejo e tratamento adequado do esgotamento igualmente acarreta sérios problemas ambientais.

Portanto, o planejamento público de saneamento básico, evidente nos planos, deve ter por finalidade precípua a sustentabilidade dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, ou seja, o atendimento das necessidades presentes e assegurar os mesmos recursos para as gerações futuras.

2.3.2 Diretrizes nacionais lei 11.445/2007

A Lei Federal n.º 11.445/2007 define não só as diretrizes para o saneamento básico, mas uma política de cunho e alcance nacional, estabelece regras jurídicas e o relacionamento entre Estados, Municípios e Setor privado, prevendo estimular investimentos de forma a facilitar a universalização dos serviços. Em âmbito nacional, compete ao Ministério das Cidades coordenar a elaboração do PNSB (Plano Nacional de Saneamento Básico), que estabelecerá programas, projetos e ações necessárias para a satisfação de metas nacionais e regionais referentes à universalização dos serviços de saneamento, priorizando projetos que beneficiem as populações de baixa renda. Como se vê, o legislador criou uma espécie de simetria ou paralelismo constitucional, ao passo que a União estabelece normas gerais e os Estados e Municípios estabelecem normatização específica no âmbito de suas competências.

Dessa forma, a Lei 11.445/2007 estabelece a elaboração do plano municipal de saneamento básico como instrumento de planejamento para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, ao que define princípios jurídicos fundamentais. Princípios este que

¹¹ 1997, *apud*. LENZA, 2013. Pág. 1293.



constituem verdadeiros núcleos fundamentais do planejamento e da ação dos agentes envolvidos, ao passo que nenhum princípio pode ser preterido ou relegado ao plano secundário.

Os princípios estão insculpidos no art. 2º da LNSB, dentre os quais: *I - universalização do acesso; II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados; III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente; IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes, adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais; VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; VII - eficiência e sustentabilidade econômica; VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas; IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados; X - controle social; XI - segurança, qualidade e regularidade; XII - integração das infraestruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos. XIII - adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água.*

O princípio, por sua natureza, já se estrutura como um fundamento, como valor jurídico ou social de determinada comunidade, além disso, constitui a pedra angular da hermenêutica jurídica.

O inciso II ao tratar da integralidade considera a eficácia de ações e resultados, ou seja, transpõe a esfera do planejamento, importando na análise e avaliação acerca do conjunto de ações (o que estou fazendo) e resultados (onde estou chegando), ou seja, não basta planejar, mas o enfoque também deve recair na ação e no resultado. Sob a mesma ótica, o inciso V deixa assente a necessidade de adequação entre os métodos e técnicas utilizados com as peculiaridades localidade, ou seja, a compatibilidade entre meios (técnica) e fins (local), de outro lado repulsa de antemão planos formais e inadequados à realidade. O inciso VII reafirma os princípios da eficiência e sustentabilidade (art. 37, e 225 da CF), não basta que o saneamento básico atenda a



todos e em todos os lugares, mas nas lições de José Afonso da Silva¹² “*eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado*”.

Pois bem, dois termos citados merecem destaque por constituir verdadeira diretriz da atividade pública administrativa, que consiste em duas formas de avaliação do desempenho de uma organização, a eficiência e eficácia, a primeira consiste na adequada medida de utilização dos recursos, ou seja, o administrador eficiente atinge um desempenho elevado em relação aos insumos disponíveis. Por sua vez, a eficácia transcende a mera indagação dos meios e avalia os resultados.

O enfoque do inciso VIII está calcado no desenvolvimento do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário, adotando soluções graduais e progressivas (metas de curto e longo prazo) visando a capacidade de pagamento dos usuários, nesse aspecto garantindo a modicidade tarifária. O referido princípio transpõe com maestria os sistemas estagnados, obsoletos e sucateados em perfeita ressonância com o princípio da atualidade, previsto no art. 6º, § 2º da Lei 8.987/1995.

Não menos importante, o inciso XI dá ênfase nas diretrizes anteriores, consigna segurança, qualidade e regularidade, tratando da adequabilidade do serviço, informada nos termos do art. 6º, § 1º da Lei 8.987/1995. Complementando, os incisos XII e XIII impõem a integração de infraestrutura para a gestão eficiente dos recursos hídricos, de forma a otimizar a sustentabilidade do sistema e requerendo a moderação do consumo de água.

Por fim, os incisos IX e X destacam a transparência das ações, reafirmando o princípio administrativo da publicidade e do controle social, este como fator de validade das ações e políticas públicas no âmbito do saneamento básico.

Após discorrer os princípios verdadeiros núcleos das diretrizes nacionais do saneamento básico, algumas premissas objetivas são dignas de nota, como a elaboração e edição do plano (art. 9º, I e art. 19, parágrafo 1º da lei, respectivamente) que é de responsabilidade do titular dos serviços, o município, devendo contemplar as componentes: abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas (art. 3º, I, a-d), que pode se dar em planos específicos (art. 19), abrangendo todo o território do município (art. 19, parágrafo 8º) e tendo como escopo mínimo:

- i) “diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos, bem como apontando as causas das deficiências detectadas;

¹² 2000, *apud*. NOHARA, 2015. Pág. 92.



- ii) objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;
- iii) programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e metas;
- iv) ações para emergências e contingências;
- v) mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.”

Os objetivos estão claramente definidos no art. 49 da Lei Nacional de Saneamento Básico e podem ser compilados: o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades; priorizar planos e ações em áreas ocupadas por população de baixa renda; proporcionar condições de salubridade as populações tradicionais, inclusive indígenas, rurais e núcleos urbanos isolados; assegurar a eficácia de aplicação dos recursos públicos com retorno social; incentivar o planejamento, regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico; promover alternativas com ênfase na auto sustentabilidade econômica e financeira do saneamento básico; promover o desenvolvimento institucional (organização, capacidade técnica, gerencial, financeira e de recursos humanos); fomentar o desenvolvimento científico e tecnológico; minimizar os impactos ambientais decorrentes do desenvolvimento das ações; incentivar a adoção de equipamentos sanitários que contribuam para redução do consumo de água e promover a educação ambiental, com ênfase na economia de água.

Como visto, tanto os princípios quanto os objetivos definem o saneamento básico e atribuem-lhe essencialmente categorias de caráter social, institucional e ambiental.

SOCIAL	INSTITUCIONAL	AMBIENTAL
<ul style="list-style-type: none">•desenvolvimento nacional, redução das desigualdades, geração de emprego e inclusão social;•priorizar planos e ações em populações de baixa renda;<ul style="list-style-type: none">•salubridade aos povos indígenas e populações tradicionais;•salubridade as populações rurais e urbanas isoladas;•assegurar aplicação dos recursos o maior retorno social possível	<ul style="list-style-type: none">•adoção de mecanismos de planejamento, regulação e fiscalização;•assegurar auto sustentação econômica e financeira;•promover o desenvolvimento institucional do saneamento básico (organização, capacidade técnica, gerencial, financeira e recursos humanos);•fomentar o desenvolvimento científico e tecnológico;	<ul style="list-style-type: none">•minimizar os impactos ambientais, decorrentes da implantação e desenvolvimento das ações, obras e serviços;•incentivar o uso de equipamentos que reduz o consumo de água;•promover a educação ambiental para economia de água.

Pois bem, traçadas as diretrizes nacionais, cumpre ao presente estudo analisar as diretrizes locais, ou seja, as definidas pelo Plano Municipal de Saneamento Básico.



2.3.3 Diretrizes locais – Plano municipal de saneamento básico

Em âmbito municipal, a Lei Complementar n.º 3.762 de 28 de setembro de 2010 da Prefeitura Municipal de Orlandia instituiu a Política Municipal de Saneamento Básico e definiu as diretrizes para o Plano Municipal de Saneamento Básico.

Sistematicamente foi organizada em seis capítulos, Capítulo I – Das Disposições Gerais, Capítulo II – Das Diretrizes da Política Municipal de Saneamento Básico, Capítulo III – Dos Direitos dos Usuários, Capítulo IV – Da Remuneração dos Serviços, Capítulo V – Do Sistema Municipal de Saneamento e Capítulo VI – Do Plano Municipal de Saneamento Básico.

No capítulo I, algumas disposições merecem destaque:

Art. 3º. Os serviços públicos de saneamento básico possuem caráter essencial e serão planejados, controlados, regulados e fiscalizados pelo Poder Público Municipal.

*Art. 4º Para efeito da presente Lei, considera-se saneamento básico o conjunto de serviços, ações, infraestrutura e instalações operacionais empregados com o objetivo de alcançar níveis crescentes de salubridade ambiental, nas condições que maximizem a produção e a melhoria das condições da qualidade de vida nos meios urbanos e rural, **compreendendo o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, sua coleta, tratamento e afastamento de efluentes.***

Uma observação digna de nota em atenção às disposições nacionais é que, em âmbito municipal, o diploma legal não contemplou no conceito legal de saneamento básico “drenagem urbana e resíduos sólidos”. Com a devida vênia, a opção e diretriz municipal não determinou explorar essa temática, eis que não constitui objeto do presente estudo.

Interessa, para fins do presente estudo, o Capítulo II que dispõe das Diretrizes Municipais de Saneamento Básico:

Art. 5º São diretrizes da política municipal de saneamento básico:

I - universalização, compreendida como ampliação progressiva do acesso ao saneamento básico;

II - a integralidade, compreendida como a provisão dos serviços de saneamento básico de todas as naturezas, propiciando à população o acesso a conformidade de suas necessidades e a maximização das ações e resultados;

III – a regularidade, concretizada pela prestação dos serviços sempre de acordo com a respectiva regulação e com as outras normas aplicáveis;



- IV- a eficiência, por meio da prestação dos serviços de forma a satisfazer as necessidades dos usuários com a imposição dos menores encargos socioambientais e econômicos possíveis;
- V – a atualidade, que compreende a modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria contínua dos serviços;
- VI – a sustentabilidade, pela garantia do caráter duradouro dos benefícios das ações, considerados os aspectos jurídicos institucionais, sociais, ambientais energéticos e econômicos relevantes a elas associados;
- VII – a intersetorialidade, compreendendo a integração das ações de saneamento entre si com as demais políticas públicas, em especial com as de saúde, meio ambiente, recursos hídricos, desenvolvimento urbano e rural, habitação e desenvolvimento econômico;
- VIII – a promoção da educação sanitária, fomentando os hábitos higiênicos, o uso sustentável dos recursos naturais, a redução de desperdícios e a correta utilização dos serviços;
- IX – a promoção e a proteção da saúde, mediante ações preventivas das doenças relacionadas à falta ou a inadequação dos serviços públicos de saneamento básico, observadas as normas do Sistema único de saúde (SUS);
- X – a preservação e a conservação do meio ambiente, mediante ações orientadas para a utilização dos recursos naturais de forma sustentável e a reversão da degradação ambiental, observadas as normas ambientais e de recursos hídricos;
- XI – a conformidade do planejamento e da implementação dos serviços com as exigências fundamentais de ordenação das cidade expressas no Plano Diretor;
- XII – o respeito e a promoção dos direitos básicos dos consumidores.

Como se vê, as diretrizes municipais traçam os objetivos centrais do saneamento básico, como garantir a universalidade, a integralidade, a regularidade, a eficiência, a atualidade, a sustentabilidade, a intersetorialidade, em prol das finalidades da política, com a promoção da educação e saúde, preservação do meio ambiente, conformidade do planejamento e da implementação e a promoção dos direitos básicos dos consumidores.

A estrutura organizacional de Saneamento básico do Município, está definida no art. 12, pelos seguintes órgãos: *I – A Secretaria Municipal de Obras e Serviços Municipais; II – a Agência Reguladora dos Serviços Concedidos, se e quando criada pelo Município de Orlandia; III – o ente operador dos serviços de saneamento básico.*

Dentre as atribuições e competências legalmente definidas para a Secretaria Municipal de Obras e Serviços Municipais, restou a formulação e acompanhamento da implementação das Políticas de Saneamento Básico e do PMSB, bem como a propositura de suas revisões. A Secretaria Municipal de Obras e Serviços Municipais ficou responsável pela formulação de metas e diretrizes para o saneamento básico, pela avaliação e, de forma subsidiária, pela fiscalização da aplicação de recursos do Município e, por fim, pela definição dos aspectos técnicos e operacionais para o cumprimento das obrigações dos entes integrantes do Sistema Municipal de Saneamento Básico.

Desde 2010 a legislação - art. 14 da LCM¹³ - trouxe algumas diretrizes gerais, inclusive “prevendo” a possibilidade de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e

¹³ Lei Complementar Municipal



esgotamento sanitário, dotando o Município em âmbito legislativo, acerca da criação de uma Agência Reguladora dos Serviços Concedidos do Município de Orlandia – ARSCMO, sinalizando possíveis diretrizes da operação dos serviços de saneamento básico.

Por fim, no Capítulo VI consignou os elementos de referência do PMSB: I – prioridades e metas temporais; II – os planos de investimentos com a previsão de identificação das fontes de financiamento; III – a definição dos elementos necessários à sustentabilidade econômica financeira dos serviços, incluindo as políticas de sua remuneração e de subsídios para a garantia do acesso universal, integral e equânime; e IV – os critérios para a organização ou melhorias da prestação dos serviços, especialmente com a previsão ou identificação dos instrumentos de regulação, de fiscalização e avaliação.

É nítido que o diploma legal analisado, que instituiu e deu origem à Política Municipal de Saneamento Básico, nas vertentes abastecimento de água e esgotamento sanitário, sinalizou em muitos aspectos horizontes flexíveis, inclusive considerou em um futuro próximo ou remoto a operacionalização dos serviços delegada por meio de uma Concessão.

Como exemplo, podemos citar no Capítulo IV - Da Remuneração dos Serviços, especificamente no seu art. 9º ao definir os critérios e parâmetros para a fixação das tarifas, consignou no inciso **VIII a remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços, na forma do contrato.** Mais adiante, no art. 12, o inciso II fez alusão expressa a **Agência Reguladora dos Serviços Concedidos**, se e quando criada pelo Município de Orlandia.

Posteriormente, instrumentalizando a **Política Municipal de Saneamento Básico, a Lei n.º 4.010 de 11 de dezembro de 2014** “aprovou o Plano Municipal de Saneamento Básico, dispôs sobre a exploração de recursos hídricos e deu outras providências”, com algumas razões dignas de nota que constaram na justificativa do respectivo Projeto de Lei:

“(…) não obstante a urgência das diversas medidas que já se fazem sentir necessárias; Considerando que os poços artesianos do Município de Orlandia, fornecedores de águas “profundas” ao consumo dos nossos munícipes, estão apresentando redução sistemática de produção através dos anos, principalmente em razão da exploração abusiva das suas fontes, com bombeamento de seus recursos por 24 (vinte e quatro) horas ininterruptas, todos os dias do ano, ainda que admitida esta pratica por necessidades atuais do sistema de abastecimento; considerando que as águas “superficiais” captadas nos córrego dos Palmitos também são exploradas sem o devido planejamento e controle, aliada ao fato de que as águas de qualidade equivalentes podem ser encontradas no Ribeirão do Agudo em quantidades abundantes e ainda inexploradas; considerando que a rede de distribuição de água é antiga e deficitária em muitos aspectos, permitindo perdas de altas quantidades de água tratada, necessitando ser substituída na menor brevidade de tempo possível; considerado que a estação de tratamento de água (ETA) do nosso Município encontra-se em estado precário e necessita urgentemente de ser substituída por outra mais moderna; considerando que a estação de tratamento de esgoto (ETE) apresenta problemas que resulta em mau cheiro, principalmente no Bairro Nova Orlandia, o que impõe à Administração pública municipal solução urgente da questão”.



Os graves problemas enfrentados pela Prefeitura Municipal de Orlandia e as dificuldades envolvendo o Saneamento Básico foram sinalizadas desde a origem, diga-se na Lei Complementar que instituiu a Política Municipal de Saneamento Básico em 2010. Naquela oportunidade a Administração Municipal já cogitou eventual concessão da execução dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, como forma de viabilizar a execução satisfatória dos serviços públicos.

Adicionalmente, 04 (quatro) anos depois, ou seja, em 2014, ano de aprovação do PMSB, as razões e justificativas do projeto de Lei de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, de forma cabal, registrou expressamente **a insustentabilidade dos sistemas de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.**

Pois bem, a Lei n.º 4.010 de 11 de dezembro de 2014, aprovou o Plano Municipal de Saneamento Básico identificando o objetivo geral do Plano consistente em dotar o Município de Instrumentos de Planejamento e Gestão para a melhoria da saúde pública e salubridade ambiental (art. 1º, § 2º). O art. 5º definiu como órgãos executivos do PMSB a Secretaria Municipal e Infraestrutura Urbana e a Secretaria de Meio Ambiente, nas suas respectivas competências e atribuições. O Capítulo II, ao tratar da Exploração dos Recursos Hídricos, trouxe como princípios basilares o equilíbrio e a manutenção, traduzidos na exploração estritamente necessária às demandas da população.

Além disso, positivou algumas obrigações a serem cumpridas pelo município e elevou ao status legal os seguintes mandamentos:

I – o bombeamento dos poços artesianos, até o prazo final de execução do Plano Municipal de Saneamento Básico aprovado por esta lei e conforme as condições técnicas o permitem, **deverá ser reduzido gradativamente até o tempo máximo de 16 horas diárias;**

II – **seja evitada a perfuração e a exploração de novos poços artesianos no Município,** exceto quando estritamente necessário e quanto àqueles já em operação ou projetados até a entrada em vigência desta lei, buscando, assim, manter uma reserva e capacidade de produção de água tratada acima das exigências e demandas cotidianas da população, especialmente para atender eventuais “stresses hídricos” que venham a atingir tanto as águas superficiais como as profundas;

III – **sejam tomadas as medidas necessárias para a obtenção de outorga para exploração das águas superficiais do Ribeirão do Agudo,** em quantidade que respeite os princípios estabelecidos nesta lei, tanto no que concerne aos limites de sua retirada para consumo, quanto à sua devolução depois de tratada e à montante do seu curso;

IV – **os cursos d’água tenham os seus volumes respeitados e, sempre que possível, deles retirados volume de água abaixo do limite técnico constante das outorgas concedidas,** meta esta a ser alcançada conforme as condições técnicas o permitam;

V – **seja implantada uma política sistemática e permanente de manutenção e recuperação das matas ciliares e dos entornos das nascentes e mananciais d’água do Município,** tanto urbana como rural, além de proteger as áreas de potencial recarga dos aquíferos subterrâneos dos nossos solos.

Art. 7º Deverá haver monitoramento constante quanto aos níveis de eficiência na produção e, prioritariamente, na distribuição de água potável, parametrizando pelos prazos e índices previstos no Plano Municipal de Saneamento Básico, aprovado por esta lei.



Parágrafo único: O percentual previsto neste artigo deve ser tomado como meta mínima de eficiência a ser alcançada, devendo ser melhorado pelo Município de Orlandia sempre que possível.

(...)

Art. 9º O Município de Orlandia deverá adotar todas as medidas necessárias para, no menor tempo possível, eliminar, total ou parcialmente, os odores indesejáveis emanados da Estação de Tratamento de Esgoto.

Capítulo III – Das Disposições Finais

Art. 10. As disposições desta lei deverão estar completamente implantadas de acordo com os prazos previstos no Plano Municipal de Saneamento Básico, exceto aquelas medidas urgentes e que já possam ser tomadas em razão de sua viabilidade técnica e financeira (g.n).

Como se vê, o diploma legal em análise foi além da simples aprovação do Plano Municipal de Saneamento Básico, eis que trouxe diversos mandamentos e comportamentos a serem adotados pelo Município de Orlandia na temática saneamento básico. Em relação aos poços artesianos consignou a redução de tempo de bombeamento para 16 horas diárias até prazo final de execução do PMSB, a abstenção em perfurar e explorar novos poços e, por fim, consignou a regularização da outorga para a exploração das águas do Ribeirão do Agudo.

Em âmbito geral impôs o respeito ao volume permitido para a retirada de água, a implantação de uma política para manutenção e recuperação dos mananciais de nascentes d'água. Impôs, também, a eficiência no sistema de produção e distribuição d'água de acordo com os prazos e índices previstos no PMSB.

Destaque para a proposta de estudo da autorização, objeto da Chamada Pública n.º 02/2017, ser adstrita ao sistema de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, ao que dedicaremos atenção por pertinência temática.

a) SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA:

O atual Plano Municipal de Saneamento Básico afirmou que os elementos do sistema de abastecimento de água apresentam condições de preservação inadequadas, com destaque para a ETA que está bastante deteriorada.

O PMSB consignou que a exploração de água subterrânea é feita durante 24 (vinte e quatro) horas por dia, não respeitando o tempo necessário para recuperação do nível de água do aquífero. Acrescentou que o sistema de produção “Capão do Meio” apresenta diversos problemas operacionais e a vazão de produção é baixa, ao que considerou a desativação desses poços, devendo ser destinados a reserva de contingência.

Considerou a superexploração do manancial superficial “Córrego dos Palmitos”, informando que a captação é de 94 L/s, com base no limite da concessão outorgada pelo DAEE,



propondo a redução para 50L/s. Mediante a efetivação das medidas propostas: a) diminuição do período de operação dos poços; b) redução da captação do manancial superficial; e c) desativação do sistema de poços “Capão do Meio”, restou considerado um déficit de 30% no sistema de produção de água, o que demanda alternativas para ampliação do sistema e a realização dos correspondentes investimentos.

O PMSB faz alusão a duas alternativas propostas anteriormente no Plano Diretor de Água e Esgoto em 2010, a alternativa 1) propunha a implantação de captação de água superficial no “Ribeirão Agudo” e, assim, compensar a redução de exploração do “Córrego dos Palmitos”; 2) propunha a redução da exploração do “Córrego dos Palmitos” fosse compensada com a implantação de 03 (três) novos poços profundos. Nesse contexto, o PMSB vigente, elaborado em 2014, considerou a segunda alternativa do Plano Diretor de Água e Esgoto de 2010 como a mais adequada, referendando-a integralmente, bem como **referendando integralmente a proposta de intervenções na ETA apresentadas no trabalho de 2010.**

No que diz respeito a Estação de Tratamento de Água, apesar do PMSB considerar a possibilidade de adequações, reformas, intervenções e recuperação estrutural da ETA, concluiu pela implantação de novas unidades em detrimento da recuperação das instalações existentes, as quais seriam mantidas nas condições atuais apenas durante o período de realização das obras. O argumento utilizado para justificar a escolha proposta pelo PMSB é no sentido de que seria inconciliável o fornecimento e as reformas e intervenções na ETA, portanto, a sugestão seria ignorar o sistema existente.

Com isso o PMSB propôs uma nova estrutura para a ETA, com novos módulos de tratamento de água adotando-se o conceito de uma estação compacta construída com chapas de aço estruturadas, formadas por dois módulos de tratamento associados em paralelo. Todavia, a proposta desconsidera totalmente as possíveis adequações nas instalações existentes, oferecendo elementos para reflexão da Administração Pública.

E, não menos importante, nesse aspecto o PMSB não apresentou um estudo econômico comparativo da alternativa proposta em detrimento das adequações às estruturas existentes.

Sem prejuízo de especificações técnicas da nova estrutura para o sistema de abastecimento de água proposto, no volume correspondente deste estudo, importa para fins do presente estudo jurídico a análise acerca compatibilidade da proposta pelo atual PMSB com as diretrizes da política municipal de saneamento básico.

No caso, *a priori* a proposta colide frontalmente com os seguintes objetivos da política federal de saneamento: promover alternativas que viabilizem a auto sustentação econômica e



financeira dos serviços de saneamento básico (art. 49, VII da Lei 11.445/2007), eficiência e sustentabilidade econômica (art. 2º, VII da Lei 11.445/2007).

Em âmbito municipal colide com as seguintes diretrizes: a) eficiência, consistente na satisfação das necessidades dos usuários com os menores encargos socioambientais e econômicos possíveis (art. 5º, inciso IV da LCM 3.762/2010); b) a sustentabilidade pela garantia do caráter duradouro das ações (art. 5º, inciso VI da LCM 3.762/2010).

Dessa forma, as diretrizes federais e municipais das políticas de saneamento demandam a eficiência e a eficácia das ações, a análise do custo-benefício, uma modernização e atualidade tecnológica progressiva, assegurando o equilíbrio e a viabilidade econômico-financeira do sistema, o qual deve ser autossustentável. Todavia, uma proposta de ruptura radical, desconsiderando totalmente a estrutura existente, não converge com as diretrizes federais e municipais do saneamento básico.

No que tange ao sistema de adução, reservação e distribuição de água, o PMSB destacou um alto índice de perdas, nesse aspecto em consonância com as diretrizes municipais visando a redução de perdas, apresentou uma proposta de setorização. Todavia, manteve integralmente a proposta e os setores considerados no Plano Diretor de 2010.

Entretanto, diga-se de passagem, praticamente nenhuma das proposições foi executada, sendo pertinente avaliar porque as alternativas não foram implementadas.

b) SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO:

Por sua vez, no que diz respeito ao esgotamento sanitário, o PMSB considerou que o sistema de afastamento está adequado para o funcionamento ao longo do projeto. Em tempo, consignou duas novas áreas de expansão urbana, sendo uma com loteamento já implantado e que demanda instalação de coletor de forma imediata.

O sistema de tratamento de esgoto foi considerado ineficiente, ao que propôs a implantação de uma nova concepção, em duas etapas, uma com intervenções mais imediatas, ao passo que as lagoas existentes tratariam de 50 % do volume de esgoto afluente à ETE e os 50% remanescentes seriam tratados no novo sistema. Foram apresentadas duas alternativas para o tratamento do esgoto sanitário, o PMSB considerou que ambas são tecnicamente viáveis, apresentou estudo comparativo de ambas as alternativas e concluiu pela equivalência de ambas do ponto de vista econômico.

Também no sistema de esgotamento sanitário, nenhuma ação foi efetivada para cumprir aquilo que outrora restou planejado.



2.3.4 Execução do plano municipal de saneamento básico

Em que se pese o esforço empreendido através de relatórios de acompanhamento, monitoramento da concretização e execução do PMSB, da implementação das ações e propostas vigentes, devidamente aprovadas pela Lei 4.010 de 11 de dezembro de 2014, o presente item resta prejudicado.

Com efeito, tendo em vista as informações verbais obtidas junto da equipe técnica municipal, a grande maioria das ações e propostas não foram implementadas, não sendo realizado, o respectivo acompanhamento.

Tendo sido apontadas razões de força maior, como ausência de recursos técnicos e financeiros, a Administração Pública atua de forma pontual com vistas a reparar ou minimizar as deficiências, com destaque para não agravar a constante falta d'água registrada pelos Municípios. Desta forma, a Administração Municipal não consegue conduzir uma atuação de base estrutural, organizacional, de forma preventiva e sustentável.

2.3.5 Departamento de água e esgoto de Orlandia

Em âmbito municipal a Lei n.º 3.798 de 10 de março de 2011, ao dispor sobre a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de coleta de esgoto sanitário pela DAE – Divisão de Água e Esgoto da Prefeitura de Orlandia, definiu em seu art. 1º o DAE – Divisão de Água e Esgoto da Prefeitura Municipal de Orlandia, subordinada à Secretaria Municipal de Obras e Serviços Municipais, é o ente operador dos serviços de saneamento básico do Sistema Municipal de Saneamento Básico, nos termos do art. 12, inciso III, da LCM .º .762/2010, competindo a ela, dentre outros serviços, os de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Compete ao DAE exercer com exclusividade todas as atividades administrativas, técnicas e de fiscalização referentes ao sistema público de abastecimento de água e esgotamento sanitário e a **prestação dos serviços** dele decorrentes, bem como aplicar, por si ou à sua ordem, as penalidades previstas pela inobservância desta lei e de seu regulamento e formalizar denúncia às autoridades competentes pelas agressões perpetradas pelos usuários aos mananciais que abastecem o Município, quando relacionadas à utilização de seus serviços (art. 2º da Lei n.º 3798/2011).



O diploma legal citado traz um rol de infrações punidas com multas, praticadas pelos usuários dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário (art. 5º). Ainda, em seu art. 6º estabeleceu a isenção das tarifas de abastecimento de água e esgotamento sanitário aos imóveis de propriedade da Prefeitura Municipal de Orlandia ou que estejam em sua posse direta, a qualquer título.

Posteriormente, o Decreto n.º 4.027 de 05 de abril de 2011, disciplinou a prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário pela DAE, seu sistema tarifário e instituiu o Regulamento dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário prestados pela DAE.

Por sua vez, o Decreto n.º 4.475 de 26 de agosto de 2015, fixou os preços públicos dos serviços de saneamento básico prestados pela Divisão de Água e Esgoto de Orlandia.

Em reunião nas dependências da Prefeitura Municipal de Orlandia, no dia 18 de julho de 2017, por volta das 09h, entre a equipe técnica designada pela Barbosa Mello Saneamento e os servidores atualmente responsáveis pelos serviços (Gustavo, Jarbas e Evandro) foram apresentadas algumas informações acerca da gestão dos serviços, objeto do presente estudo, que são dignas de nota.

Inicialmente, esclareceram que a gestão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário é feita pela Divisão de Água e Esgoto de Orlandia, que tem aproximadamente 50 (cinquenta) funcionários e pela Administração Central da Prefeitura Municipal, com aproximadamente 10 (dez) funcionários, sendo muitas atividades terceirizadas.

Consignaram que, apesar de louvável, o Decreto que regulamenta os serviços públicos municipais de abastecimento de água e esgotamento sanitário não cria condições para a correspondente fiscalização. Foi referido que uma das lacunas do decreto municipal é a ausência de padrão para os hidrômetros, situação que compromete a gestão comercial do sistema.

Sobre o cadastro das redes de abastecimento de água foi informado que houve uma transição de sistema, oportunidade em que as informações e registros pretéritos foram perdidos. Foi indicado que, lamentavelmente, a DAE não consegue efetuar um recadastramento preventivo, mas somente por altura de ocorrências e/ou reclamações, tendo em vista que a DAE conta com apenas 03 (três) funcionários externos (na rua) para atender esse tipo de demandas em todo o Município.

Um dos reiterados problemas evidenciados e destacados pela equipe técnica da Prefeitura consiste na falta de água, sendo que tal fato vem se agravando pelas dificuldades do Município na produção e distribuição da água, tendo apontado para o fato de que não haver medidores de vazão. Acrescentaram que não há um mapeamento da rede de abastecimento de água, e qualquer reparo



obriga a “fechar” a caixa geral para a sua execução, o que além de motivar um alto custo, gera a falta de água em alta escala em vários pontos da cidade.

Indagados sobre o cumprimento do PMSB, os técnicos da DAE informaram que não há acompanhamento preciso, no momento só alimentam o sistema de gestão de Município “Verde e Azul”.

Informaram que a promotoria de justiça está cobrando o tratamento da água com “flúor”, mas ainda o Município está com dificuldades de pessoal técnico para implantar, gerir e fiscalizar, e com isso dar efetividade a esse mandamento. Além disso, há algumas irregularidades na lagoa de esgoto que também demanda providências.

Acerca do tema inadimplência, disseram que as informações são “arcaicas” e estimam ter um índice de inadimplência de cerca de 40% (quarenta por cento).

Posteriormente, em reunião jurídica do dia 20 de julho de 2017, entre a advogada designada pela Barbosa Mello Sra. Maíra Martins Costa e o procurador jurídico geral do Município o Dr. Flaviano, foi indagado acerca dos problemas do município relativos aos sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário local. Foi referido que um dos maiores problemas é o cadastro, eis que as informações existentes são precárias e “não confiáveis”. Também foi indagado sobre as questões demandas pela promotoria de justiça, a exemplo da ausência de “flúor” na água, conforme destacado pelos técnicos, tendo sido informado que ainda não foram judicializadas, estando em fase inicial.

Acerca das execuções fiscais, foi dito que a DAE não consegue precisar o número de processos em andamento, tendo sido dada a referência que foram ajuizadas até 2010. Foi mencionado que o Município não consegue êxito pela falta e insuficiência de cadastro, sobretudo considerando os imóveis que se encontram locados na cidade. As dificuldades residem em identificar o polo passivo para fins de execução fiscal, tendo em vista o cadastro desatualizado e ineficiente e lograr êxito nos recebimentos.

2.3.5.1 Contratos com a iniciativa privada

Atualmente a execução dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento compete a DAE – Divisão de Água e Esgoto da Prefeitura Municipal de Orlandia, todavia, mesmo considerando a execução direta dos serviços pelo Município de Orlandia, a consecução das finalidades públicas demandam a contratação de empresas especializadas, através do devido



processo licitatório, para executar determinados serviços e atividades ligadas ao saneamento básico.

Na sequência de protocolo de requerimento de informações jurídicas, foram apresentados 07 (sete) contratos que se encontram em curso:

Contratada	Objeto	Valor	Prazo
Marchete & Faria Comércio Materiais Elétricos. Contrato n.º 97/2016	Execução de serviços elétricos nos poços, bombas, painéis e instalações no DAE: compreendendo: sede administrativa, poços de captação, reservatórios, estações de bombeamento e demais dependências produtivas.	R\$ 251.694,00	12 meses Nov. 16 Nov. 17
Montrial Montagens Industriais EIRELI ME. Pregão n.º 21/2017	Confecção de peças tipo juntas GIBAULT, em medidas especiais a serem utilizadas pelo D.A.E.	R\$ 113.818,00	
Hidro Coelho Manutenção e perfuração de poços artesianos LTDA – ME.	Contratação de empresa de engenharia para a prestação dos serviços de retirada e instalação de conjuntos moto bombas submersas em vários poços do Município de Orlandia.	R\$ 796.712,00	12 meses Ago. 2016 Ago. 2017
Pollo Montagens Industriais LTDA. Pregão n.º 09/2015	Contratação de empresa especializada para confecção de pelas metálicas diversas em conjunto com o fornecimento dos materiais necessários à confecção das mesmas	R\$ 181.726,49	12 meses Fev. 2017 Fev. 2018
S.J Produtos Químicos LTDA. Pregão n.º 15/2017	Registro de Preços para aquisição de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) quilos de hipoclorito de sódio à 12 % especial para tratamento de água, que serão utilizados na ETA e poços do Município de Orlandia.	R\$ 720.000,00	12 meses
TQA Indústria e Comércio LTDA Pregão n.º 16/2017	Registro de Preços para a aquisição de 350.000 (trezentos e cinquenta mil) quilos de sulfato de alumínio ferroso líquido especial para tratamento de água que serão utilizados no tratamento de água de Orlandia.	R\$ 297.500,00	12 meses Fev. 2017 Fev. 2018
Galvão & Oliveira Gestão Ambiental LTDA Pregão n.º 117/2013	Contratação de empresa especializada para a execução de análises de água referente à Portaria n.º 2.914 do Município de Orlandia.	R\$ 17.857,62	12 meses

Depreende-se dos objetos dos contratos que os mesmos compreendem atividades meio, com vistas a viabilizar a continuidade, mesmo que precária, dos serviços de abastecimento de água



e esgotamento sanitário. De outro lado, verifica-se a ausência de contratos inerentes ao desenvolvimento e atingimento de metas e objetivos traçados no PMSB.

2.4 Problemas atuais, objeto de estudo

O objeto do presente projeto assenta em estudos voltados à atualização, revisão e complementação ao Plano Municipal de Saneamento Básico, bem como a apresentação de estudo integrado de viabilidade técnica, ambiental, econômico-financeira, jurídica e regulatória para estruturação e modelagem adequada à modernização e realização de melhorias no sistema de execução dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Orlandia-SP.

No caso, tendo em vista a notória relevância do tema procuramos delimitar os problemas em uma ordem hierárquica, tendo por referência a política pública municipal de saneamento básico.

Inicialmente o planejamento foi denominado Plano Diretor de Água e Esgoto elaborado em 2010, foi revisto em 2014, oportunidade em que foram ratificadas muitas das alternativas propostas em 2010, inclusive a construção de nova uma ETA, desconsiderando o atual sistema, desde há muito sucateado. Apesar de louvável, foi sugerida a construção e implantação de uma nova ETA com tecnologia de ponta, mas será que tal proposta é autossustentável? Viável do ponto de vista econômico-financeiro? Possível de ser executada diretamente pela Prefeitura Municipal de Orlandia?

A priori, o quanto planejado parece não ser exequível dadas as condições locais. Como anteriormente referido, há uma proposta extraordinária de construção e implantação de uma nova ETA que permanece no âmbito do planejamento há mais de 07 (sete) anos. Todavia, na primeira revisão (2014), em seu diagnóstico, deveria ter sido comentada a problemática, ou seja, as razões pelas quais, naquela oportunidade, a proposta de construção de nova ETA não saiu da esfera do planejamento, considerando o transcurso de mais 04 (quatro) anos. Será mesmo adequado ratificar algo que permanece inexecutável?

Sem prejuízo do exemplo utilizado da ETA, mais grave ainda é o fato acerca do cumprimento do PMSB, para o qual não há “não há acompanhamento”. Podem ser cogitadas várias hipóteses, mas há efetivos indícios de que plano de saneamento básico não está adequado à realidade da Prefeitura Municipal de Orlandia. Ora pois, a DAE carece de recursos técnicos, financeiros e gerenciais para manutenção da precária estrutura existente, agravada pela perda do



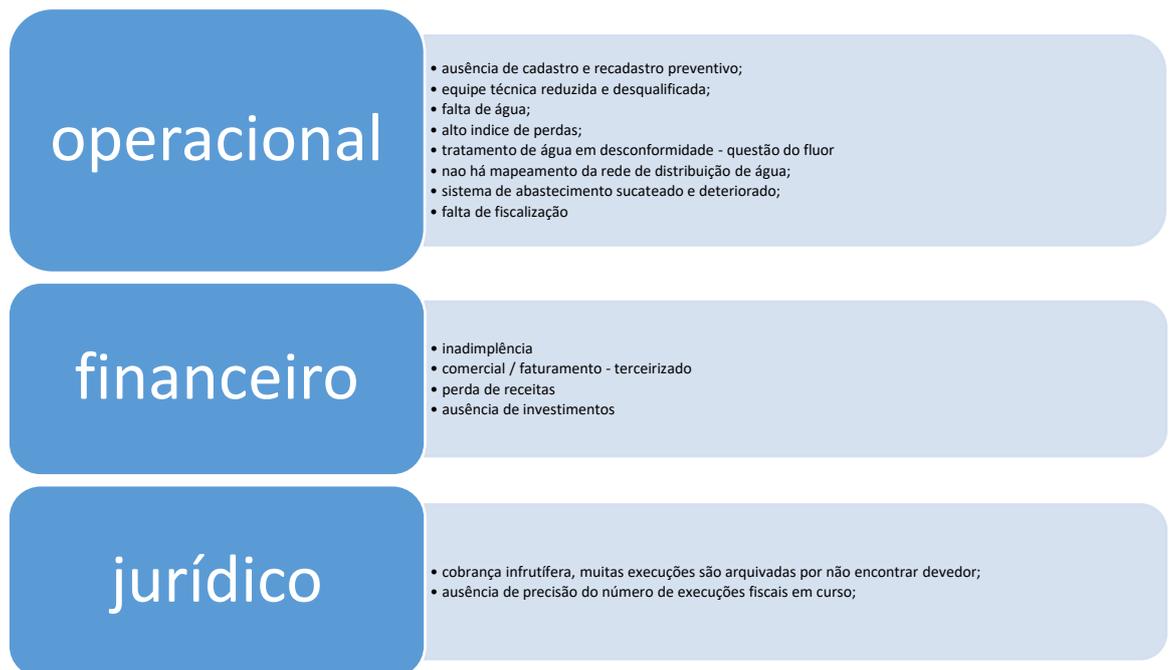
produto (água), pela ineficiência de gestão e execução do serviço e perda da receita (tarifa pelos serviços entregues e usufruídos).

Adicionalmente, sem prejuízo dos problemas afetos à execução dos serviços públicos, depreende-se que o PMSB está no âmbito do planejamento da política pública de saneamento básico e permanece distante da realidade, ou seja, insatisfeito, há mais de 07 (sete) anos.

Tal evidência já compromete integralmente o plano da execução, pois que se o que restou planejado não está sendo cumprido, bem como satisfeito, de outro lado, tudo indica o que está sendo executado não foi objeto de planejamento, ou seja, há uma gestão empírica do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Dessa forma, nesse momento, para viabilizar alternativas plausíveis devemos partir de um novo diagnóstico, ou seja, quais são os problemas atualmente enfrentados pelo DAE, além daqueles que constaram no PMSB e que devem ter sofrido agravantes.

Podemos identificá-los em 03 (três) categorias:



Portanto, o problema inicia-se com o inexecução do planejamento público, ou seja, a insatisfação do PMSB, o que motiva graves repercussões técnicas, financeiras e jurídicas.



3 ESTRUTURA JURÍDICA ADMINISTRATIVA:

A organização e estrutura do Estado pode ser analisada sob três aspectos: forma de governo, sistema de governo e forma de Estado. O Brasil adotou a forma Republicana de governo, o sistema presidencialista de governo e a forma federativa de Estado.

Nos termos do art. 18 da CF a organização política administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

Visando conter ideias absolutistas e abuso de poder, a Constituição Federal estabelece a separação dos poderes, calcada no sistema de freios e contrapesos cuja essência é exatamente conter excessos. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário. Segundo a teoria dos freios e contrapesos, o Estado pratica atos gerais e especiais, os primeiros só podem ser praticados pelo Poder Legislativo pela emissão de regras gerais e abstratas, dessa forma não age concretamente na vida social. Por sua vez, só após a emissão das normas gerais é que estaria o Poder Executivo legitimado para a atuação concreta por meio de atos especiais. E se houver excesso ou exorbitância de quaisquer dos Poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário.

Em âmbito municipal podemos evidenciar a ação abstrata do Poder Legislativo ao deliberar sobre a Política Pública Municipal de Saneamento Básico, através da LCM 3.762 de 28 de setembro de 2010, bem como a Lei 4.010 de 11 de dezembro de 2014 que aprovou o Plano Municipal de Saneamento Básico. Por sua vez, cumpre ao Poder Executivo dar efetividade a ação concreta, aos atos especiais, sob pena de intervenção do Poder Judiciário.

Podemos citar, ainda, a Lei Complementar Municipal n.º 25 de 08 de fevereiro de 2017 que autoriza o Poder Executivo a fazer a **concessão da prestação** do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, ao que compete a este concretizar a vontade abstrata expressada pelo Poder Legislativo.

3.1 Poder executivo

O Poder Executivo no Brasil, conforme estabelece o art. 76 da Constituição Federal, é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros e Estado. Em âmbito Estadual o Poder Executivo é exercido pelo Governador de Estado, auxiliado pelos Secretários de Estado, em



âmbito distrital pelo Governador do Distrito Federal e, por fim, em âmbito Municipal pelo Prefeito, auxiliado pelos seus Secretários de Governo.

O Município pode ser definido como pessoa jurídica de direito público interno e autônoma de acordo com as regras estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Segundo as quais, os Municípios são entes federativos, dotados de autonomia própria, materializada por sua capacidade de auto-organização, por meio de sua Lei Orgânica (art. 29 CF), autogoverno, pela eleição direta do Prefeito, vice prefeito e vereadores, bem como pela autoadministração e autolegislação consistente nas atribuições e competências.

Em atenção as competências dos Municípios interessa para o presente trabalho a competência administrativa privativa:

“Art. 30. Compete aos Municípios: ...

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

O Poder Executivo no exercício de suas competências constitucionais de forma privativa deve organizar e prestar diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, diga-se serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Com a crescente demanda e inegável concorrência, a análise acerca da qualidade dos serviços públicos tem conquistado destacada relevância. Não mais o olhar é somente para o quanto se paga, mas a reciprocidade ao quanto se paga, ou seja, o retorno, alinhando o custo ao benefício.

O art. 1º da CF confere à Administração Pública uma orientação absoluta para suas ações, no sentido da completa realização do direito público subjetivo à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como do bem estar social e da segurança jurídica dos cidadãos.

Todavia, nas últimas décadas, a Administração tem sido impactada por diversas reordenações em nível estrutural-legal. O Decreto Lei n.º 200/67, a Constituição Federal de 1988 e as emendas constitucionais supervenientes, destacando-se a EC 19/98, objetivam uma reforma de gestão, buscando certamente diminuir a distância entre as demandas da sociedade e as reais possibilidades de atendimento.

Nesse contexto, destaca Carlos Pinto Coelho Motta¹⁴ ***“é de se observar que as crescentes atribuições da Administração configuram um fator de complexificação quase incontrolável. A este fator adicionam-se, além do endividamento público, o convívio institucional com processos e práticas orçamentárias de difícil manejo, eivadas de interferências políticas e tolhidas pela***

¹⁴ 2011. Pág. 02.



pseudo-solução das receitas vinculadas. Todas essas variáveis colaboram no sentido de induzir à escorçante tributação, sem que, em contrapartida, possa o administrado dispor de serviços públicos de razoável qualidade, vale dizer: contínuos, regulares e eficientes”.

Um dos focos temáticos de estudo do direito administrativo tem sido a qualidade dos serviços públicos, em inegável amplitude do espaço social em que o administrado-cidadão, por força do incremento da comunicação e da intersubjetividade, vem adquirindo progressiva consciência desse largo campo reivindicatório e busca efetivar seus direitos, exigindo da Administração um melhor desempenho de suas funções.

Neste cenário, o administrado-usuário dos serviços públicos não avalia somente o quanto se paga pelo serviço público, mas, sobretudo, pelo retorno em termos qualitativos destes serviços, sendo desafio acompanhar o desenvolvimento tecnológico e aprimoramento, este processo encontra estímulos da livre iniciativa, da concorrência, do capitalismo e de mercado, cada vez o foco está no aspecto qualitativo. Cada vez mais o mercado demanda o “melhor” custo x benefício.

Assim, estudiosos de direito público mobilizam-se em subsidiar o corpo legislativo, em torno de iniciativas centradas no foco institucional-legal, com foco em gerar normas organizacionais de grande efetividade.

Dessa forma a percepção do usuário dos serviços públicos como “consumidor” decorre de uma evolução da relação jurídica entre o Estado e os administrados calcada na proteção dos direitos coletivos e difusos, incorporando ao elenco de titulares de direitos o “consumidor”. Depreende-se da Lei 8.078/90 que a Administração Pública, centralizada ou descentralizada, ao figurar na relação de consumo com fornecedora de serviço, está sujeita a responsabilidade, reconhecido como direito básico do consumidor “à *adequada e eficaz prestação de serviço público em geral*” (art. 4º, VII e 6º, X CDC).

E não menos importante: **Art. 22 Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.**

Na abalizada opinião de Diógenes Gasparini¹⁵, sempre que a Administração Pública em quaisquer de suas manifestações (federal, estadual, distrital, municipal), puder ser havida como fornecedor, “subsume-se integralmente as disposições do CDC. **“Assim é o Município, por exemplo, se for o prestador dos serviços de transporte de passageiros ou executor dos serviços de captação, tratamento e distribuição de água domiciliar ou explorador dos serviços funerários. Neste aspecto, a Administração Pública equipara-se ao fornecedor particular”.**

¹⁵ 2006. *Apud.* MOTTA, 2011. Pág. 04.



Nesse aspecto, a Política Municipal de Saneamento LCM n.º 3.762/2010, em consonância com a Política e diretriz federal, fixou normas de ordem pública para a política de saneamento, tendo em vista o pleno desenvolvimento da política, além disso incorporou mecanismos de controle e gestão democrática (art.6º, VII) e aspectos regulamentares (art. 12, II e art. 14), sobretudo antecipando uma possível concessão, trazendo subsídios ao administrador público na tarefa de reordenação acerca do planejamento e execução dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Os diplomas legais, citados vêm acrescentando novas variáveis à premente questão da gestão eficaz e econômica das delegações de serviços públicos.

3.1.1 O Estado regulador

Com a materialização do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela lei 8.031/90, com as devidas alterações da Lei 9.491/97, cujo objetivo central consiste na promoção e reorganização do Estado, a redução do déficit público, o aumento dos investimentos na economia, a modernização da indústria e o fortalecimento do mercado de capitais, o Estado passa a mudar sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços em determinados setores da economia, redimensionando sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, no sentido dado pelo art. 174 da CF, voltando-se para a criação de agências de regulação setoriais.

As alterações na forma de intervenção estatal na economia corresponde à crise institucional do Estado a partir do final da década de 70 e ao longo da década de 80, quanto à globalização econômica durante a de 90. Nas lições de Gilberto Dupas¹⁶ “***As conclusões são claras: no mundo da globalização, a intervenção do mercado tem de ser combinada com a intervenção do Estado. O desenvolvimento requer um Estado atuante e catalisador, facilitando, encorajando e regulando os negócios privados***”

Diversos setores da infraestrutura estatal brasileira foram reorganizados, como áreas de energia elétrica, telecomunicações, petróleo, água, saneamento básico, saúde etc., culminando com a criação de agências administrativas, órgãos autônomos, caracterizados pela independência funcional e inexistência de vínculo hierárquico, com intuito de regular e fiscalizar a atividade nesses sistemas.

¹⁶ 1999, *apud*. VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Reforma Regulatória e Sistema Financeiro Nacional. In Direito Bancário e temas afins.** Coordenadores Geraldo José Guimarães da Silva. Campinas: CS Ed. 2013. Pág. 409.



Nas palavras de Luiz Carlos Bresser Pereira¹⁷

A crise do Estado impôs a necessidade de reconstruí-lo; a globalização, o imperativo de redefinir suas funções. Antes da integração mundial dos mercados, e dos sistemas produtivos, os Estados podiam ter como um dos seus objetivos fundamentais proteger as respectivas economias da competição internacional. Depois da globalização, as possibilidades – e a desejabilidade – de o Estado continuar a exercer esse papel diminuíram muito. **Seu novo papel é garantir a universalidade dos serviços de educação básica e de saúde, financiando a formação de capital humano, e promover a competitividade internacional das empresas.** A regulação e a intervenção continuam necessárias, na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos serviços públicos monopolistas, nos investimentos em infraestrutura – uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente capacite os agentes econômicos a competir mundialmente (g.n).

O Projeto de reforma do Estado visa substituir o antigo estatismo pelo moderno Estado regulador substituindo um aparato obsoleto e burocratizado por novos critérios e formatos mais democráticos, ou seja, não se restringe a mera reorganização do Estado, mas da **substituição de um modelo burocrático de gestão por um gerencial**, voltado para os resultados e em prol dos ideais democráticos.

Nesse contexto o Estado provedor é substituído pelo Estado regulador.

O amadurecimento do modelo regulacional brasileiro, está calcado em uma Administração Pública ágil e flexível, destinada a corresponder as necessidades e interesse público primário. O modelo de agência de regulação introduzido no Brasil possui quatro características centrais: a independência decisória; a ampliação do poder regulamentar; a realização do interesse público; e os mecanismos de controle social da prestação de serviços públicos.

Neste sentido, o conceito de regulação abrange três funções típicas de Estado: a) a função executiva; b) a função normativa; e, c) a função parajudicial, que a doutrina norte-americana refere as ‘comissões reguladoras independentes’ como um concentrado dos três poderes típicos do Estado. O manejo permanente destas funções e competências regulatórias constitui um dos mais finos e coesos ajustes atribuídos como “Poder” e “Dever” do Estado sob responsabilidade do Poder Público.

Após a Constituição Federal de 1988 e o processo de privatizações na década de 90, as intervenções nas atividades econômicas e sociais passaram a ser exercidas indiretamente e o Estado brasileiro deixa de ser, definitivamente, um Estado produtor de bens e serviços para ser um Estado Regulador que estabelece regras e fiscaliza o seu cumprimento, pelo exercício das atividades inerentes ao Estado Regulador com poder de polícia (arts. 173 e 177, CF/88).

¹⁷ 1998, *apud*. VALÉRIO, *idem* pág. 413.



3.2 Serviços público, conceito, instituição, regulamentação e controle

A vida em sociedade demanda comodidades e utilidades, umas podem ser satisfeitas pelos administrados, outras só podem ser satisfeitas através de atividades a cargo da Administração Pública. O conceito de serviços públicos, na clássica lição de Giogenes Gasparini¹⁸

Comporta, pelo menos, três sentidos: o orgânico, o material e o formal. Em sentido orgânico, também chamado subjetivo, o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública, destinados à satisfação das necessidades dos administrados. Equivale, pois, a um organismo ou parte de um aparelho estatal com tal precípua e finalidade. Em sentido material, também designado objetivo, o serviço público é uma função, uma tarefa, uma atividade da Administração Pública, destinada a satisfazer necessidades de interesse geral dos administrados. Em sentido formal, o serviço público é a atividade desempenhada por alguém (Poder Público ou seus delegados), sob regras exorbitantes do Direito Comum, para a satisfação dos interesses dos administrados. É a submissão de certa atividade a um regime de Direito Público.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira e Mello¹⁹

serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho²⁰ “*serviço público é toda a atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade*”.

No serviço público, há o controle permanente sobre a gestão do serviço, porque trata se de atividade titularizada pelo Poder Público, conforme expresso no art. 175 CF/88: “*incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos*”. Como se vê, ao Estado incumbe a titularidade dos serviços públicos, mas o exercício pode ser: a) direto, por meio dos seus entes; ou b) indireto, sob o regime de concessão ou permissão, no qual há delegação do serviço público cuja titularidade é estatal, a pessoas privadas que vençam na licitação.

Ainda, o parágrafo único do art. 175 da CF determina que a lei²¹ disporá:

¹⁸ GASPARINI, 2012. Pág. 349.

¹⁹ 2013, pág. 687.

²⁰ 2015, pág. 333.

²¹ É a Lei 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal.



- o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- O direito dos usuários;
- Política tarifária e;
- Obrigação de manter serviço adequado.

É relevante considerar nas lições de Eros Grau²² que os serviços podem ser privativos ou não privativos, os primeiros se prestados pelo setor privado, só podem ser executados após concessão ou permissão de serviços públicos. Enquanto que os não privativos são os de educação, saúde, visto que os arts. 209 e 199 da CF os consideram “livres à iniciativa privada”, mas devido à grande relevância que possuem, os disciplina com rigor especial.

Os serviços públicos são instituídos pela Constituição Federal e distribuídos à União, Estados-Membros, Distrito Federal e dos Municípios, a quem cabe, conforme a competência, a regulamentação, execução e controle.

Aos Municípios reservou todos os serviços públicos que digam respeito ao interesse local, este é a predominância do interesse do Município sobre o interesse do Estado ou da União, mas estes últimos têm interesse reflexamente.

A União à Magna Carta reservou, entre outros, os serviços arrolados no art. 21 da CF. Aos Estados-Membros a Constituição da República assegurou os serviços remanescentes (art. 25, § 1º), dessa feita, se o serviço não for da União nem do Município, é do Estado-Membro.

A despeito dessa tripartição, não há impedimento que a entidade responsável institua como públicos outros serviços, no âmbito de sua competência, desde que por meio de lei, além disso deve regulamentar, estabelecendo se a fruição é facultativa ou compulsória, a forma de sua prestação, as obrigações e os direitos a cargo dos usuários, a modalidade de sua remuneração, além dos aspectos de interesse público.

Em simetria, o ente competente para instituir e regulamentar é competente para executar (Administração direta) ou atribuir a outrem a respectiva execução (Administração indireta). Além disso, qualquer interferência de uma das entidades políticas (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) na regulamentação ou execução da outra é inconstitucional.

Por sua vez, o controle está sempre presente, ainda que não expresso em lei ou regulamento, a Administração Pública competente mantém-se permanentemente informada sobre

²² *Apud* NOHARA, 2015. Pág. 467.



o comportamento de quem executa serviços dados à sua cura, como são seus concessionários e permissionários.

Portanto, impera o dever de verificar se o prestador está atendendo de modo satisfatório e desejado as obrigações assumidas, podendo para tanto examinar livros, registros, documentos e assentamentos e, ainda, impor novas medidas ou tomar providências para que sejam observados os encargos da execução e fiscalizada a lisura da atuação do executor. Esse controle pode chegar a declaração de cassação (extinção da concessão por inadimplemento da concessionária) ou resgate (extinção da concessão por mérito) se os interesses coletivos demandarem.

O aludido controle igualmente prevalece nos casos em que o serviço é prestado pela própria Administração, com as devidas peculiaridades, com fundamento nos princípios hierárquicos e disciplinares. Ao que conclui Diogenes Gasparini²³

Por intermédio do exercício dessas competências o hierarca mantém sobre todas as atividades e agentes públicos uma vigilância, contínua e permanente, a fim de que os serviços sejam oferecidos adequadamente, isto é, com rapidez, perfeição e de forma positiva (mínimo de investimento com um máximo de resultado social)”.
(Diogenes Gasparini, 2012, p. 353)

3.3 PRINCÍPIOS – MUTABILIDADE DO REGIME JURÍDICO DA PRESTAÇÃO

É pressuposto da prestação dos serviços públicos quer pela Administração Pública sua titular, ou por terceiros, seus concessionários ou permissionários a satisfação dos princípios da generalidade, da continuidade, da igualdade, da eficiência e da mutabilidade do regime jurídico.

De acordo com o primado da generalidade os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, beneficiar o maior número de pessoas possível e sem discriminação entre seus usuários e beneficiários, quando estes tenham as mesmas condições técnicas e jurídicas de sua fruição. Fazendo ressonância com os princípios da isonomia e impessoalidade.

O princípio da continuidade significa que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que sua paralisação provoque o colapso nas atividades privadas. Consequentemente a continuidade compele ao Estado promover o constante aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo a modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais.

A eficiência impõe ao Estado uma constante atualização aos processos tecnológicos e de otimização de suas funções de forma que a execução seja mais proveitosa com menor dispêndio

²³ 2012, pág. 353.



possível, aferindo o custo benefício da atuação estatal em determinado serviço público, inclusive **deve guiar os objetivos administrativos.**

Por fim, o mais importante princípio para subsidiar as alternativas enfrentadas pelo presente estudo, a mutabilidade do regime jurídico indica que a Administração Pública competente está AUTORIZADA a promover mudanças no regime de prestação do serviço público, visando conformá-lo ao interesse da coletividade ou imprimi-lhe tecnologia adequada com atualidade da prestação.

Em razão disso, os usuários e os servidores não podem opor-se a ditas modificações. Não há em favor desses interessados, direito adquirido ao regime jurídico de prestação do serviço público vigente no momento em que, respectivamente, ajustaram a contratação ou foram envolvidos na sua execução. Ao mesmo princípio estão subordinados seus executores: concessionários, permissionários e autorizatários. Em relação ao servidor, seu estatuto pode ser alterado, e em relação ao usuário sua tarifa pode ser alterada.

3.3.1 Requisitos

Os serviços públicos devem ser prestados aos usuários com a observância dos requisitos de permanência, da generalidade, da eficiência, da modicidade e da cortesia, dessa forma, independente da forma de prestação (direta ou indireta) dos serviços públicos, os mesmos devem ser prestados de modo adequado. Na definição legal da Lei Paulista 7.835/92, que dispõe sobre regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos “*serviço adequado é o que atende ao interesse público e corresponde às exigências de qualidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, generalidade, modicidade, cortesia e segurança*” (art. 17).

No mesmo sentido, a Lei Federal n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal “*serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*”.

Com base nesta premissa nas lições de Diogenes Gasparini²⁴

(...) a inobservância desses requisitos ensancha à Administração Pública competente a oportunidade de exigir seu total cumprimento, de aplicar, depois do devido processo legal, as penas cabíveis e de intervir na prestação, quando executado por concessionários ou permissionários. Todas as medidas, administrativas e judiciais, que a situação exigir para restabelecer, de pronto, o regular funcionamento do serviço devem ser tomadas pela

²⁴ 2012, pág. 356.



Administração Pública titular dos serviços trespassados, que nesse particular não tenha qualquer disponibilidade.

- a) **Regularidade:** demanda que os serviços sejam prestados segundo padrões de qualidade e quantidade impostos pela Administração Pública, tendo em vista o número e as exigências dos usuários, em estrita observância dos padrões técnicos exigidos pela natureza do serviço público;
- b) **Continuidade:** o serviço público deve ser contínuo, sucessivo. Após ser instituído deve ser prestado sem interrupção, salvo se a descontinuidade for em decorrência de situação de emergência, ou a paralisação se der após o aviso prévio por motivo de ordem técnica ou segurança ou falta de pagamento pelos usuários, nos termos do § 3º do art. 6º da Lei federal das Concessões e Permissões;
- c) **Eficiência:** impõe ao responsável pelo serviço público o bom resultado prático da prestação, sem desperdício de qualquer natureza, evitando onerar os usuários por falta de método ou racionalização no seu desempenho;
- d) **Segurança:** não deve haver qualquer descuido ou omissão na execução dos serviços públicos que coloque em risco os usuários, ou seja, deve ser constante a manutenção preventiva dos equipamentos utilizados na prestação dos serviços e eventuais falhas devem ser imediatamente corrigidas, sobretudo com a substituição ou renovação do equipamento;
- e) **Atualidade:** demanda que a prestação dos serviços públicos acompanhe as modernas técnicas de oferecimento aos usuários, exige ainda a utilização de equipamentos modernos, cuidando-se bem das instalações e de sua conservação, visando sempre a melhoria e expansão. Esse requisito obriga uma constante atualização tecnológica dos serviços públicos, assim o prestador vê-se compelido a oferecer à coletividade de usuários o que há de melhor, dentro das possibilidades da outorga;
- f) **Generalidade:** esse requisito está associado ao princípio da igualdade, ou seja, deve ser igual para todos, deve ser prestado sem discriminação a quem o solicita, nos termos do art. 5º e 37 da Constituição Federal;
- g) **Cortesia:** impõe a Administração Pública oferecer aos usuários de seus serviços um bom tratamento, este constitui-lhe um dever e, de outro lado, um direito do cidadão;
- h) **Modicidade:** demanda aos serviços públicos prestados mediante taxas ou tarifas públicas justas, pagas pelo usuário para remunerar os benefícios recebidos e permitir



o seu melhoramento e expansão, portanto, devem ser prestados com retribuição viabilize esses interesses.

3.3.2 Remuneração

Sem prejuízo dos serviços públicos gratuitos, como assistência médica, educação, apoio a coletividade carente, entre outros, os serviços públicos estão sujeitos a remuneração. Assim, quando os indivíduos têm obrigação pecuniária como contraprestação do serviço, diz-se que o serviço é remunerado.

A forma de remuneração é variável alguns são remunerados por taxas (espécie de tributo – art. 145 II CF) ou tarifa, àquela sempre que sua utilização pelo administrado for obrigatória, não importando, neste caso, se há, ou não, efetiva utilização, basta que sejam postos à sua disposição.

Em atenção às finalidades e objetivos do estudo cumpre destacar os serviços de abastecimento de água e coleta de esgoto, ambos de fruição compulsória, se postos à disposição dos usuários, devem ser custeados por taxa, sejam ou não efetivamente utilizados. Todavia, a jurisprudência pátria dos tribunais superiores tem entendido que são remunerados por tarifa e não por taxa²⁵. Dessa forma, o regime jurídico da tarifa tem sido admitido mesmo para serviços de consumo compulsório, para os quais se admite até exigência de tarifa mínima.

Nesse sentido ensina José dos Santos Carvalho Filho²⁶

“Em relação aos serviços de distribuição de água, a matéria tem revelado objeto de algumas controvérsias. A remuneração é devida ainda que o usuário não utilize o serviço; basta, como registra a Constituição, que o serviço seja posto a sua disposição. Como é imposto em caráter obrigatório, domina o entendimento da doutrina e da jurisprudência, com alguma controvérsia, no sentido de que esse tipo de serviço não pode ser objeto de suspensão pelo prestador, até mesmo porque ele tem a possibilidade de valer-se das ações judiciais adequadas, inclusive e principalmente execução fiscal contra o usuário inadimplente. Contudo, para que o prestador do serviço possa obter a respectiva remuneração, urge que tenha sido efetivamente executado. Se não o foi, qualquer cobrança se revela indevida, já que o usuário não pode pagar por um serviço que não lhe foi prestado”.

Com relação, especificamente, aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o art. 29, I da Lei 11.445/2007 determina que serão remunerados preferencialmente na forma de tarifa e outros preços públicos.

Por tarifa ou preço público são remunerados os serviços públicos facultativos, com exceção do abastecimento de água e esgotamento sanitário, que são aqueles oferecidos aos utentes

²⁵ STF: RE 447.536-ED, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T. j. 26/08/2005; AI 516.402-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T. DJe 222, e RE 544.289-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T. DJe 113.

²⁶ 2015, pág. 350.



para que estes o utilizem se e quando desejarem. Mediante tarifa são custeados os serviços de telefonia, distribuição de energia elétrica domiciliar. Considera-se que nessa hipótese o Estado ou seus delegados, executem serviços econômicos (industriais ou comerciais), o que dá lugar a contraprestação.

Observe-se que a taxa ou tarifa deve compensar adequadamente a prestação dos serviços. O usuário deve custear o capital, o melhoramento, a expansão dos serviços e a obtenção de um lucro quando prestado por terceiros (art. 175, P. único, III da CF).

3.3.3 Direitos dos usuários

Independente do fato de o serviço ser prestado pela Administração ou por seus delegados, o agente executivo do serviço, seja a própria Administração ou Concessionário, tem obrigação de prestar o serviço ao usuário ou consumidor, nos termos fixados nas leis e regulamentos.

O direito ao serviço público é, reconhecido em favor dos usuários pela doutrina e jurisprudência e protegido pela via judicial, e a ação deve ser ajuizada em face da entidade competente para a prestação recusada, podendo o interessado se valer de qualquer via idônea, inclusive o Mandado de Segurança quando seu direito se revestir de certeza e liquidez.

Além do direito ao serviço, a doutrina reconhece ainda o direito à indenização no caso de ser mal prestado ou interrompido a sua prestação, provocando prejuízo ao particular. A proteção ao usuário tem sede constitucional, o art. 37, § 3º, inciso I da CF prevê a criação de lei para disciplinar as reclamações relativas a prestação dos serviços públicos.

O art. 37, § 3º ao recepcionar a reforma administrativa do Estado, detalhou os direitos que a lei infraconstitucional deverá contemplar: a) participação do usuário na administração direta e indireta; b) manutenção de serviço de atendimento ao usuário; c) avaliação periódica da qualidade dos serviços; d) o acesso dos usuários aos registros administrativos e informações sobre atos de governo; e) disciplina de representação contra o exercício negligente ou abuso do cargo, emprego ou função na administração, sem prejuízo de todos os direitos contemplados no Código de Defesa do Consumidor – ao usuário consumidor.

A Lei 12.007/2009 assegurou aos usuários consumidores o direito à declaração de quitação anual de débitos a ser emitida por pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos ou privados incidindo sobre serviços específicos e individuais, nos quais o usuário é identificado.

Além desses direitos, estão consignados na Lei Federal n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, quando são prestados por



concessionários-permissionários. Com efeito, sem prejuízo de outros direitos definidos no código de defesa do consumidor, constituem direitos dos usuários, nos termos do art. 7º, I – receber serviço adequado; II – receber do poder concedente e da concessionária informações para defesa de interesses individuais ou coletivos; III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observados as normas do poder concedente.

3.3.4 Deveres dos usuários

Alguns serviços públicos são prestados aos usuários independente da satisfação de qualquer exigência prévia, a exemplo os serviços de iluminação pública e segurança pública.

No entanto, há aqueles que para serem fruídos exigem o cumprimento de certas obrigações, como é o exemplo do serviço de distribuição domiciliar de água encanada. Nessa hipótese, a Administração Pública não tem de cumprir a sua parte se o usuário não observou o que lhe competia. Essas obrigações, são de natureza administrativa, técnica e pecuniária, a depender da natureza e da estrutura dos serviços oferecidos.

As obrigações de natureza administrativa são as que iniciam o procedimento de fruição e se consubstanciam no pedido, as de natureza técnica dizem respeito a prestação dos serviços solicitados, a extensão dos canos de água até o limite do imóvel a ser beneficiado e, por fim, as de natureza pecuniária relacionam-se com a remuneração dos serviços, que pode ser exigida antes, durante ou depois da prestação, a depender da espécie do serviço e de seu regulamento. Sem prejuízo de outras obrigações secundárias a serem estabelecidas, importa destacar que o descumprimento dessas e de outras pode acarretar a suspensão dos serviços, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Estão consignados na Lei Federal n.º 8.987/95, as obrigações dos usuários, nos termos do art. 7º, – IV – levar ao conhecimento do Poder Público e da Concessionária as irregularidades que tenha conhecimento, referentes ao serviço prestado; V – comunicar as autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI – contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhe são prestados os serviços.

3.3.5 Suspensão da prestação



O usuário dos serviços remunerados por taxa ou tarifa deve satisfazer as obrigações concernentes ao pagamento e, ainda, observar as normas administrativas e técnicas da prestação, sob penas de sanções que podem chegar a suspensão do fornecimento.

Nas lições de Diogenes Gasparini²⁷

se o não atendimento, pelos usuários, das normas administrativas e técnicas a que se obrigaram para obter a prestação do serviço impuser a suspensão, esta é aceita com naturalidade. Assim deve ser, pois essas desatenções pode colocar em risco a própria prestação do serviço. O mesmo se pode assegurar, quando há, por parte do usuário o mau uso pelo serviço recebido (uso de água para lavar calçada e carro durante o período de racionamento) e prejuízo para os demais usuários. Não divergem a doutrina e a jurisprudência, mesmo que os serviços sejam de fruição compulsória. O oferecimento do serviço suspenso será reativado se e quando o utente voltar a atender as suas obrigações e satisfazer outras exigências legais ou técnicas que tenham cabimento.

Igualmente, ocorre a suspensão pelo não pagamento, assim, se o usuário não satisfaz a tempo e modo as obrigações pecuniárias assumidas é lícita a interrupção e suspensão do fornecimento. Nessa linha já se manifestou o Supremo Tribunal Federal²⁸, no sentido de que é lícito a empresa concessionária interromper os serviços quando o usuário se mantém inadimplente, mesmo após receber a comunicação a respeito.

3.4 Modelos de execução e gestão

Após análise e estudo detalhado dos serviços públicos, conceitos e características, restringimos o presente aos serviços públicos delegáveis que são aqueles que podem ser prestados pelo Estado – centralizadamente, ou por meio das entidades integrantes da Administração indireta – ou, alternativamente, ter sua prestação delegada a particulares mediante contrato de concessão ou permissão de serviço público.

Nas lições de Diógenes Gasparini²⁹

A demanda, cada vez maior, de comodidades e utilidades públicas por parte dos administrados e a constante assunção do Estado a atividades antes de responsabilidade dos particulares, aliada à falta de recursos públicos, têm tornado menos operantes os esforços diretos da Administração Pública para propiciar à coletividade bons serviços ou serviços adequados, como quer a Lei federal 8.987/95, chamada Lei de Concessões e Permissões de Serviços públicos.

²⁷ 2012. Pág. 364

²⁸ STF – Mandado de Segurança n.º 16.526 – Rel. Victor Nunes Leal.

²⁹ 2012 pág. 369.



Duas são as formas de oferecimento dos serviços públicos: centralizada e descentralizada, que por conveniência e oportunidade podem, em princípio, ser utilizadas pela Administração Pública.

No presente caso, os serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Orlandia são prestados de forma centralizada e direta. Assim, com fundamento no princípio da mutabilidade do regime jurídico da prestação, passaremos a explorar cada uma das formas reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, para que, ao final, tenhamos uma proposta válida e eficaz para o Município. Importante registrar e deixar claro que do ponto de vista jurídico o tema objeto de alternativas reside essencialmente neste tópico.

3.4.1 Execução centralizada e descentralizada

A prestação ou execução dos serviços públicos é centralizada quando a atividade integrar o aparelho administrativo do Estado, que é realizada por meio dos órgãos que o compõem em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade. Nesse modelo, o serviço é executado e explorado pela Administração Pública destinado diretamente ao administrado, ora beneficiado, sem passar por interposta pessoa.

Nos termos do art. 4º, inciso I do Decreto-Lei n.º 200/67, a Administração Pública é, a um só tempo, a titular e a executora do serviço público, sendo tal o conhecido como administração direta. Na Administração centralizada ou direta os serviços e a competência para prestá-los estão distribuídos pelos diversos órgãos que compõem a entidade política por ele responsável, na esfera federal os ministérios, na estadual, distrital e municipal as secretarias.

Na esfera federal temos o Ministério do Meio Ambiente de Minas e energia, em âmbito estadual a Secretaria do Meio Ambiente e na esfera municipal os órgãos de departamento de meio ambiente, estes que, em menor amplitude, estão encarregados da prestação dos serviços ligados a essas áreas de atuação da Administração Pública.

A distribuição interna de competência denomina-se desconcentração, que ocorre exclusivamente dentro da estrutura de uma mesma pessoa jurídica. Assim, a desconcentração é mera técnica administrativa de distribuição interna de atribuições, ocorrendo tanto no exercício de competências pela administração direta como indireta.

Por sua vez, a prestação ou execução descentralizada dos serviços públicos é quando a atividade administrativa à sua execução é atribuída a outra entidade, distinta da Administração



Pública, para que a realize. Desloca-se a atividade, ou tão só o seu exercício, da Administração Pública central para outra pessoa jurídica, esta privada, pública ou governamental. Nesse modelo, o serviço vai da Administração Pública, sua titular, ao administrado seu beneficiário último, através de uma interposta pessoa jurídica, esta privada, pública ou governamental, que o executa e explora. É a administração indireta, quando os serviços são prestados por entidades diversas das pessoas federativas. O Estado, por sua conveniência, transfere os encargos da prestação a outras pessoas, nunca abdicando, porém, do dever de controle sobre elas, controle esse, como é lógico, variável em conformidade com a forma específica de transferência.

Em cada esfera de governo (federal, estadual, distrital e municipal) podem ser encontradas entidades públicas (autarquias e fundações públicas), governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública e fundação privada) e privadas (empresas mercantis e industriais), atuando como delegatárias, autorizatárias, permissionárias, e concessionárias de serviço público.

Nas sábias lições de José dos Santos Carvalho Filho³⁰:

Os serviços públicos estão e sempre estarão sob a titularidade das pessoas federativas, na forma pela qual a Constituição procedeu a partilha das competências constitucionais. Essa titularidade, retratando como retrata, inequívoca expressão de poder político e administrativo, é irrenunciável e insuscetível de transferência para qualquer outra pessoa. Resulta, por conseguinte, que o alvo da descentralização é tão somente a transferência da execução do serviço (delegação), e nunca a de sua titularidade. O que muda é apenas o instrumento em que se dá a delegação: numa hipótese o instrumento é a lei (que além de delegar o serviço, cria a entidade que vai executá-lo), enquanto na outra é um contrato (concessão ou permissão de serviços públicos para pessoas já existentes). Mas em ambos os casos o fato administrativo é, sem dúvida, a delegação”.

O fundamento inafastável e inarredável de que a delegação só atinge a execução do serviço reside na circunstância de que, a qualquer momento, dependendo das condições administrativas almejadas pelo Estado, poderá extinguir a delegação, seja revogando a lei na qual foi conferida, seja de alguma forma extinguindo a concessão ou permissão. O fenômeno administrativo, nestas hipóteses, terá caráter inverso, qual seja a centralização.

Cumprido destacar que o Estado, nos últimos tempos, tem demonstrado evidente preocupação em adaptar-se à modernidade, ao gerenciamento eficiente de atividades e ao fenômeno da globalização econômica, que tem efeitos de ordem política, social, econômica e administrativa.

Parafraseando Carvalho Filho³¹, as antigas formulas vêm indicando que o Estado envelheceu para enfrentar as vicissitudes decorrentes da adequação aos novos modelos exigidos

³⁰ 2015. Pág. 358.

³¹ 2015, pág. 359.



para melhor execução de suas atividades, algumas providências têm sido adotadas, superando o rumo obsoleto, alvitando qualificar o Estado com organismo realmente qualificado.

3.4.2 Descentralização para pessoa pública

3.4.2.1 Autarquia

A autarquia designa uma espécie de descentralização por serviço, o art. 5º, inciso I do Decreto-Lei n.º 200/67, conceitua “*serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*”.

Na definição de Nhoara³² “*pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei específica para desempenhar, com especialidade e autoadministração, serviço público ou atividade administrativa que implique o exercício de poderes próprios do Estado, sujeita ao controle e tutela*”.

As características de uma autarquia podem ser evidenciadas quanto à sua criação e extinção por meio de lei, personalidade e natureza jurídica pública, capacidade de autoadministração, especialização dos fins ou das atividades e sujeição ao controle e tutela.

O fato de ter personalidade jurídica faz com que a autarquia seja sujeito de direitos e assuma obrigações em nome próprio, respondendo por seus atos, como as autarquias têm personalidade de direito público, sobre elas não incide a disciplina do Código Civil.

A autarquia é regida pelo princípio da legalidade, assim, a personalidade jurídica e existência da autarquia começam com início de vigência da lei criadora, sendo prescindível seu registro. Se submete ao regime de gestão semelhante ao da Administração direta, inclusive quanto aos atos e processos administrativos, licitações, contratações, bens, servidores públicos, responsabilização, prestação de contas, imunidade tributária e prerrogativas processuais.

Importa dizer que, como ente jurídico próprio, a autarquia não se submete às relações hierárquicas da administração direta e, portanto, tem liberdade para gerir seus quadros sem interferências indevidas, ela tem autoadministração. Igualmente, seus recursos oriundos de

³² 2015, pág. 571.



trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônios próprios.

A autarquia é criada para descentralizar serviços, assim, a pessoa política que instituiu a autarquia destina-lhe certa matéria, o que gera especialização dos fins e atividades. Consequentemente, a Administração Direta exerce sobre as autarquias o chamado controle de tutela, objetivando verificar se o ente autárquico não está desviando suas finalidades que justificam a sua existência.

No âmbito federal, o controle de tutela denomina-se supervisão ministerial, pois as autarquias se sujeitam a fiscalização do Ministério cuja pasta esteja vinculada à Presidência da República, com vistas a assegurar a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do governo no setor de atuação da entidade.

Em âmbito federativo as autarquias podem ser: federais, estaduais, distritais ou municipais, conforme o ente que a instituiu. Quanto ao regime jurídico as autarquias podem ser comuns ou em regime especial, estas são universidades de ensino e agências reguladoras. As agências reguladoras têm regime jurídico especial porque seus dirigentes têm mandato fixo, não sendo livremente exoneráveis pelo Chefe do Poder Executivo, e elas têm maior autonomia decisória.

As autarquias praticam atos administrativos, dotados dos atributos de presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e auto executoriedade. Gozam de imunidade recíproca e têm prerrogativa de ser processadas e julgadas no juízo privativo da entidade estatal a que pertencem, as dívidas das autarquias como regra obedecem a prescrição quinquenal. Não se sujeitam à falência.

Por sua vez, estão sujeitas ao regime público, seu pessoal deve ser contratado por concurso público, os contratos devem obedecer à Lei de Licitações e Contratos. Estão sujeitas ao controle de contas pelo Tribunal de Contas respectivo. A responsabilidade da autarquia é objetiva, assegurando-lhe o direito de regresso.

A escolha dos dirigentes nas autarquias comuns, conhecido como superintendente, compete ao chefe do Poder Executivo a que esteja vinculada a entidade, portanto, está sujeito a influência política da esfera de governo a que pertence. Nas autarquias em regimes especiais existem regras específicas. A autarquia pode sofrer intervenção como medida de supervisão ministerial, por desvio de finalidade e/ou interesse público.

Para efeitos do presente estudo, o patrimônio da autarquia é formado com a transferência de bens e direitos da Administração Pública sua criadora, assim, depende inicialmente de trespasse financeiro do ente governamental, ou seja, demanda recurso público próprio.



Assim, tal modelo é indicado nos casos em que o Poder Público tem recursos, pessoal e estrutura eficaz, apenas objetiva especializar e dotar de mais eficiência essa estrutura com autonomia em relação à Administração direta, o que não parece ser o caso.

3.4.2.2 Fundação pública

As fundações públicas têm o mesmo regime jurídico das autarquias, mas há alguns detalhes e especificidades para contemplar neste tópico. O conceito de fundação, gênero do qual fundação privada e fundação pública são espécies, segundo a doutrina, é um patrimônio afeto a um fim. O patrimônio, substrato econômico da fundação, é o complexo de relação jurídica de um determinado sujeito, personalizado, porque sobre ele incidem normas jurídicas, tornando-o sujeito de direitos e obrigações. Afeto a um fim significa destinado ou consagrado a perseguir um objetivo, quase sempre de natureza educacional, cultural ou científica, sempre em prol do interesse público. Diógenes Gasparini³³ define “*fundação pública como sendo o patrimônio público personalizado segundo regras de direito público – destinadas a persecução de finalidades de interesse da coletividade*”.

Em que pese o dissenso doutrinário acerca da natureza jurídica das fundações, há quem não a reconheça como instituto de direito público. Em consonância com Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello entendemos que o Estado pode criar pessoas de Direito Público, bem como pessoas de Direito Privado para oferecer aos administrados os serviços que entender serem-lhe úteis. Independente da natureza, a fundação criada será uma entidade com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

A Administração pode instituir duas espécies de fundação de direito público e de direito privado. A fundação pública responde a um regime de direito público e a fundação privada atende ao regime ditado pelo direito privado, artigos 62 a 69 do Código Civil.

A fundação pública é criada por lei; tem origem na vontade do poder público; não tem fins lucrativos; tem finalidade de interesse coletivo. Verifica-se total ausência de liberdade na fixação ou modificação de seus fins e obrigações de cumprir os escopos, ainda, a impossibilidade de extinguir por vontade própria, sujeição e controle positivo do Estado e, salvo algumas exceções, deve licitar e ainda observar regimes estatutários aos seus servidores.

³³ 2012, pág. 384



As fundações instituídas pela Administração Pública destinam-se, essencialmente, à realização de atividades não lucrativas e de interesse público, a exemplo da educação, da cultura e da pesquisa. Quanto à sua criação, diferente da autarquia que é criada e instituída por lei, a fundação dá-se por meio de lei autorizadora. Vale dizer, com a publicação da lei a autarquia está criada, mas a criação da fundação pública com a publicação da lei está apenas autorizada a sua criação (art. 37, XIX da CF).

Dessa forma, com a lei autorizadora publicada, o Executivo promoverá, nos termos da legislação privada, a lavratura da escritura pública de instituição e a competente inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, nos termos do art. 114, I da Lei 6.015/73. Após a criação, são instituídas mediante adoção de medidas administrativas, o que resulta na expedição do estatuto e na afetação dos seus recursos.

O patrimônio inicial da fundação pública é formado com a transferência de bens, de qualquer espécie, da Administração Pública que a deseja como auxiliar no desempenho de atividades de sua competência. Todos os bens que integram a fundação pública são públicos, tal patrimônio é, em tese, inalienável, impenhorável e imprescritível, só podendo ser utilizado, onerado e alienado, nos termos do estatuto e da lei para alcançar os objetivos ou finalidades da entidade.

Está sujeita ao controle ordinário da Administração Pública a que pertence, nos termos em que foi previsto em seus atos constitutivos, também denominado de tutela, que visa conformar a atuação fundacional à lei e ao cumprimento de seus fins. A tutela pode ser preventiva ou repressiva.

Há também o controle extraordinário ou tutela extraordinária que diz respeito aos atos de intervenção e de destituição dos dirigentes da função pública.

As fundações estão obrigadas a licitar, por força da Lei 8.666/93, assim, também desfrutam de prerrogativas e privilégios estatais e seus atos, na maioria das vezes, são administrativos. Por sua vez, as fundações respondem sozinhas pelos seus compromissos, tendo em vista que são sujeitos de direitos e obrigações. Sua responsabilidade perante terceiros é objetiva.

Os Estados e Municípios podem, instituir sem óbice algum, fundações públicas ou privadas para prestarem serviços das respectivas alçadas.

Quanto à sua extinção em prol do princípio do paralelismo das formas e hierarquia dos atos jurídicos deve ser autorizada por lei, em conformidade com a sua criação.



Neste caso, não se trata de uma modalidade válida para a área de saneamento, nas vertentes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, eis que, essencialmente, é voltada a atividades públicas relacionadas ao estudo, à pesquisa e cultura.

3.4.2.3 Agências executivas

A denominação agência executiva reflete uma qualificação concedida, por decreto específico, a autarquias ou fundações que celebram contrato de gestão com a Administração que estiverem vinculadas, para melhor eficiência e redução de custos. A atribuição da qualidade de agência não implica a instituição de uma nova entidade da Administração, nem abrange qualquer alteração nas relações de trabalho dos funcionários das instituições assim qualificadas.

Nos termos do art. 1º do Decreto Federal n.º 2.487/98, são requisitos para qualificar autarquia ou fundação como agência executiva:

§ 1º A qualificação de autarquia ou fundação como Agência Executiva poderá ser conferida mediante iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que verificará o cumprimento, pela entidade candidata à qualificação, dos seguintes requisitos:

- a) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor;*
- b) ter plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento.*

Dessa forma, as entidades que queiram obter qualificação de agência executiva e, por conseguinte, gozar de regime jurídico especial devem fazer avaliação do seu modelo de gestão, elaborando um plano de reestruturação e de desenvolvimento institucional. Aprovado o plano, há a celebração de um contrato de gestão com o Ministério responsável pelo controle administrativo sobre a entidade e sua qualificação como agência executiva é efetuada por Decreto.

Caso o plano de reestruturação e desenvolvimento institucional não for cumprido ela perderá a qualificação de agência executiva.

Não há relevância para o estudo, pois não se trata de uma modalidade autônoma, mas atributo de determinada autarquia ou fundação, não sendo modalidade aplicável no projeto em análise.

3.4.2.4 Agências reguladoras



Com o advento do Estado regulador, as agências reguladoras surgem na implementação da política que transfere para o setor privado a execução dos serviços públicos, reservando para a Administração Pública a regulamentação o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria.

As agências reguladoras são entidades para promover, com eficiência, a regulamentação, o controle e a fiscalização. São criadas, por lei, como autarquias de regime especial e, nessa condição, recebem os privilégios que a lei criadora lhes outorga, além daqueles comuns a todas as autarquias, indispensáveis ao atendimento dos seus fins institucionais.

O regime especial a que estão sujeitas diz respeito à maior autonomia em relação à Administração Direta, assim, além das características de autonomia, podemos extrair as seguintes diretrizes:

1. Os dirigentes têm mandato fixo, estabelecido por um período pré-determinado na lei de instituição da agência reguladora, que varia entre 03 a 05 anos, não coincidente com o mandato do chefe do poder executivo, não podendo ser exonerados por motivos políticos, garantindo-lhes estabilidade e autonomia política. Nos termos da Lei 9.986/00 podem perder o mandato em três hipóteses: a) renúncia; b) condenação judicial transitada em julgado; e c) decisão definitiva em processo administrativo disciplinar;
2. Previsão de quarentena para os dirigentes que se desvinculam das agências reguladoras, que são regras previstas na lei que impedem os dirigentes, após o término do mandato, de atuarem na iniciativa privada durante determinado período de tempo, com a contrapartida indenizatória do valor da remuneração percebida, no sentido de evitar que determinadas empresas do setor contratem ex-dirigentes em função de informações estratégicas, sob pena de sujeitar o ex-dirigente ao crime de advocacia administrativa, improbidade, entre outras sanções;
3. Existem limites à interposição de recurso hierárquico impróprio de ato de agência reguladora no Ministério supervisor competente, todavia, a supervisão ministerial será garantida em duas hipóteses: a) quando a agência ultrapassar os limites de sua competência institucional; e b) violar políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo central.

O órgão de cúpula ou diretoria do conselho deve ser órgão colegiado, garantindo maior objetividade e tecnicismo das decisões, minimizando a edição de atos subjetivos mais próprios de sistemas de chefia unipessoal.



Os membros da Diretoria / Conselho Diretor, nos termos do art. 5º da Lei 9.986/00, devem ser: brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados.

No âmbito das agências reguladoras, os conflitos poderão ser dirimidos por meio de conciliação, mediação e arbitragem envolvendo interesses de cidadãos-usuários e dos empresários dos setores regulados, sem prejuízo do controle jurisdicional.

Em âmbito federal as agências reguladoras estão sujeitas ao controle do Congresso Nacional (art. 49, X CF) dos atos editados e ao controle financeiro, contábil e orçamentário do Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas (art. 70 da CF). Em atenção ao princípio da simetria as agências estaduais e municipais, igualmente, estarão sujeitas ao referido controle dos entes na sua respectiva esfera de governo.

As agências reguladoras desempenham as seguintes atividades:

- a) poder de polícia: compreende a imposição de limitações administrativas previstas em lei, a fiscalização e repressão das atividades não compatíveis com o bem estar geral;
- b) o fomento e a fiscalização de atividades privadas;
- c) a regulação do uso de bem público;
- d) a regulação, contratação e fiscalização de atividades econômicas, que não engloba serviço público, mas atividade econômica em sentido estrito; e
- e) a regulação e controle de atividades objeto de permissão e concessão de serviços públicos.

A opção política por promover a especialização na regulação foi orientada para obtenção de eficiência e os parâmetros de qualidade na sua prestação.

O regime jurídico do pessoal das agências reguladoras deve ser estatutário, inclusive já foi objeto de controle de constitucionalidade pelo Poder judiciário, na ADI 2.310-1/DF, que as atividades desempenhadas pelas agências reguladoras seriam incompatíveis com regime de emprego público.

O fundamento das agências adveio nas lições de José dos Santos Carvalho Filho³⁴ “A Lei n.º 9.491 de 9.9.1997, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização – PND, com objetivo estratégico de, entre outros fins, reduzir o déficit público e sanear as finanças governamentais, para tanto transferindo a iniciativa privada atividades que o Estado exercia de forma dispendiosa e indevida”

³⁴ 2015, pág. 510.



Porém, o afastamento do Estado dessas atividades haveria de exigir a instituição de órgãos reguladores, como, aliás, passou a constar do art. 21, XI e do art. 177, § 2º, ambos da CF. Tendo em vista a natureza da função a ser exercida, foram, então, criadas, sob a forma de autarquias, as denominadas agências reguladoras, entidades com típica função de controle, a exemplo, em âmbito nacional, podemos citar a ANEEL (agência nacional de energia elétrica), ANATEL (agência nacional de telecomunicações) a ANAP (agência nacional do petróleo).

É importante destacar nesta temática que o sistema verdadeiro das agências reguladoras demanda que lhes seja outorgada independência em relação ao governo no que tange a vários aspectos de sua atuação, do contrário, se há interferência do governo, o sistema perde a sua pureza e vocação.

Considerando que a instituição de tais autarquias resulta de processo de descentralização administrativa e considerando a autonomia que lhe confere a Constituição Federal, é lícito aos Estados, Distrito Federal e Municípios criarem suas próprias agências autárquicas quando se tratar de serviço público de sua respectiva competência, cuja execução tenha sido delegada a pessoas do setor privado, concessionários e permissionários, observando sua criação e instituição por meio de lei, definindo organização, competência e a devida função controladora.

A agência reguladora é a entidade que se posiciona entre três segmentos: 1) governo; 2) indústria ou empresariado de determinado setor; e 3) usuários dos serviços, que atuando em função dos conhecimentos especializados que concentra, para preencher falhas setoriais que prejudicam a satisfação das necessidades coletivas.

No caso em análise, esse modelo é perfeitamente aplicável, no âmbito da regulação e fiscalização dos serviços públicos, inclusive, tendo sua criação preestabelecida e positivada pelo Município de Orlandia art. 12, II da Lei Municipal Complementar n.º 3.762/2010.

3.4.2.5 Consórcios públicos

A Lei n.º 11.107/2005, em âmbito federal, dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Nesse aspecto, é importante dizer que a competência legislativa sobre consórcio público é exclusiva da União, todavia, a competência para instituir é de todos os entes federados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O conceito legal de consórcios públicos pode ser extraído do citado diploma legal (art. 1º, § 1º) como “*pessoa jurídica sem finalidade econômica, pública ou privada, constituída unicamente por entes da federação para a realização de objetivos de interesses comuns*”.



Consiste na criação de uma nova entidade, ou seja, trata-se de um mecanismo jurídico-administrativo, posto pelo direito nas mãos dos entes federados para realização de obras e serviços de interesse comum. Diferentemente do convênio de cooperação evidenciado por uma simples associação, destituída de personalidade jurídica e sem os poderes atribuídos aos consórcios públicos.

Os consórcios podem ter natureza pública ou privada, pessoa jurídica de direito público e pessoa jurídica de direito privado, respectivamente, ambas, são genericamente denominados pela lei e “consórcios públicos”.

Os entes federados são pessoas públicas, os interesses que procuram executar via consórcios públicos são públicos, a observância das regras de Direito Público no que concerne à realização de licitações, celebração dos contratos prestação de contas e admissão de pessoal está implícita, pois de outro modo não permitiria os princípios da igualdade e moralidade administrativa.

O consorcio público será constituído por um contrato de natureza associativa, ao que demanda previa subscrição de protocolo de intenções aglutinando todos os interessados, além da ratificação por lei por cada um dos consorciados. Assim, por decorrência lógica os atos seriam: subscrição do protocolo de intenções, ratificação por lei de cada um dos subscritores do protocolo de intenções, celebração do contrato de consórcio público e aquisição de personalidade jurídica.

O ente federado poderá participar de mais de um consórcio público, salvo se de objetivos iguais, assemelhados ou incompatíveis.

Os consórcios públicos podem levar a assunção de grandes responsabilidades por parte dos consorciados, razão pela qual a lei fez, por bem, estabelecer como medida preliminar, o protocolo de intenções, ao passo que ninguém deve se consorciar senão após um exame profundo do interesse público e de ampla discussão sobre.

O protocolo de intenções é um acordo sobre as bases de um futuro negócio, sem caráter de obrigação, não sendo, por isso mesmo, passível de execução, conotação dada pela Lei de Consórcios Públicos ao protocolo de intenções. A iniciativa pode ser de qualquer um dos entes interessados.

O art. 4º da citada Lei de Consórcios Públicos contempla as cláusulas necessárias do protocolo de intenções:

- Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:
- I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;
 - II – a identificação dos entes da Federação consorciados;
 - III – a indicação da área de atuação do consórcio;
 - IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;



- V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;
- VI – as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
- VII – a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;
- VIII – a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;
- IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
- X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;
- XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:
 - a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
 - b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;
 - c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;
 - d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
 - e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e
- XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

São consorciados os entes federados que após subscreverem e ratificarem, por lei, o protocolo de intenções celebraram o contrato de consórcio público para constituição de uma pessoa de direito público ou privado. Os entes podem ser os diversos municípios interessados e o Estado em que estão situados, dois ou mais Estados, um ou mais Estados e o Distrito Federal, ou os Municípios interessados e os Estados em que estão situados.

Por sua vez, a União somente poderá participar de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujo território estejam situados os Municípios consorciados.

Após, a constituição do consórcio público ou privado poderá ser integrado por outros entes federados, desde que cumpram as exigências legais (assinatura do protocolo de intenções e ratificação por lei) e sejam aceitos pelos consorciados nos termos do contrato social. A Lei não estabelece número mínimo ou máximo de consorciados.

A área de atuação ou a delimitação do território deve ser expressamente definida no protocolo de intenções. Os objetivos dos consórcios públicos são determinados pelos consorciados, observados os limites do art. 2º da Lei de Consórcios Públicos, os objetivos deverão consubstanciar interesses comuns, esses interesses geralmente são obras ou serviços ou ambos. Se por outro lado, o interesse não disser respeito a todos os consorciados sua constituição será irregular, pois não caracterizaria interesse comum.



Dentre as competências dos consórcios públicos, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei dos Consórcios, a) firmar convênios, contratos, acordos, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades; b) promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade pública ou interesse social realizada pelo Poder Público (consórcios de direito público); e c) ser contratado pela administração direta e indireta dos entes da federação consorciados, dispensada a licitação.

A transferência de recursos dos consorciados ao consórcio constituído, depende de prévia celebração do contrato de rateio, consoante estabelece o art. 8º da Lei de Consórcios Públicos, por este ajuste as partes assumem obrigações que devem, a tempo e nas condições fixadas, ser cumpridas e investem-se em recíprocos direitos. Os consorciados isolados, ou conjuntamente, bem como o consórcio público, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas.

O consórcio público auferir receitas com a execução dos interesses comuns dos consorciados, recebe tarifas e outros preços públicos pela gestão associada de serviços públicos, de outro lado, tem despesas a realizar. Para a execução das receitas e das despesas, o consórcio público deverá obedecer as normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas, bem como as normas gerais de contabilidade pública em atendimento à lei de responsabilidade fiscal.

Além disso, o consórcio público está sujeito a fiscalização contábil, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas.

O consórcio público pode sofrer alterações, consistente na modificação que o contrato de constituição pode sofrer. Igualmente, pode ser extinto, consistindo na retirada do consórcio público do ordenamento jurídico. Ambas medidas demandam o competente instrumento jurídico de alteração do contrato ou de extinção do consórcio, ratificado por lei por todos os consorciados.

Em atenção ao regime jurídico do pessoal admitido pelo consórcio público, é objeto de grande controvérsia e indefinição jurídica, mas filiamos-nos à linha de Diógenes Gasparini³⁵ no sentido de que deve ser o celetista, no entanto o ingresso deverá ser por meio de concurso público de provas e títulos, sobretudo tendo em vista a possibilidade de extinção do consórcio o regime estatutário poderia ser incompatível no que tange a estabilidade.

³⁵ 2012, pág., 416.



A estruturação orgânica administrativa do consórcio público, bem como o funcionamento de cada um dos seus órgãos, a indicação de suas atribuições e a criação dos seus cargos é conseguida via estatuto, cuja elaboração, aprovação e eventual alteração cabe à Assembleia Geral.

No caso, as situações concretas afastam a potencial modelagem.

3.4.3 Descentralização para pessoa privada

A Administração Pública, sempre que desejar transferir a execução de determinada atividade ou serviço público que lhe foi outorgado pelo ordenamento jurídico, utiliza-se de pessoas jurídicas que podem ser criadas nos moldes do direito privado, por particulares, que são as permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, que nessa condição atuam como delegatárias de serviço público.

O fundamento da modelagem de contrato para pessoas privadas reside na alteração de paradigmas do Estado Provedor para o Estado Regulador, em que delega a execução de atividades e serviços a terceiros temporariamente, para que o setor privado possa investir, desenvolver e otimizar a gestão e operacionalização dos serviços públicos, aplicando todo o *know-how* com vistas à modernização tecnológica, com vistas ao cumprimento do interesse público.

3.4.3.1 Concessão de serviço público

De acordo com o ordenamento jurídico pátrio, as concessões de serviços públicos se dividem didaticamente em duas categorias: a) concessões comuns; e b) concessões especiais. As primeiras estão reguladas pela Lei 8.987/95 que comportam duas modalidades: 1) concessões de serviços públicos simples; e 2) concessão de serviços públicos, precedidas da execução de obra pública. São caracterizadas pelo fato de que o poder concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário.

Por sua vez, as concessões especiais são reguladas pela Lei 11.079/2004 e se subdividem em duas modalidades: 1) concessões patrocinadas; e 2) concessões administrativas. Estas são caracterizadas pela circunstância de que o concessionário recebe determinada contraprestação pecuniária do concedente, incidindo o regime jurídico denominado de parcerias público-privadas – PPP's, as quais serão objeto de estudo específico em outro item do presente estudo, por se tratar de categorias diversas, com disciplina e lei próprias.



A concessão de serviço público tem sede constitucional no art. 175 CF, “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos*”. O dispositivo é claro quanto ao limite “prestação” dos serviços, instituindo alternativas para o exercício dessa atividade, atuação direta pela Administração ou atuação descentralizada, através de concessões e permissões.

Em âmbito infraconstitucional o instituto jurídico ganhou contornos pela Lei 8.987/95. A definição legal de concessão (art. 2º, inciso II) “*é a delegação da prestação de tais serviços feita pelo Poder Concedente à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*”, mediante licitação na modalidade de concorrência.

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho³⁶ “*concessão de serviço é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifa paga pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de Concedente, e, o executor, concessionário*”.

De acordo com os contornos do instituto, trata-se de serviço público que incumbe ao Estado, todavia, a Constituição Federal facultou àquele a transferência da execução para particulares, resguardando sua titularidade e fiscalização dos serviços públicos delegados.

Filiamo-nos à doutrina majoritária para a qual a natureza jurídica da concessão é de contrato administrativo. Evidenciam-se como partes: o Poder Concedente e o Concessionário em uma relação principal, que decorre outras relações jurídicas na qual evidencia os sujeitos de direitos, beneficiários dos serviços públicos, denominados usuários, ao que denominou-se tríplice participação de sujeitos: o concedente, o concessionário e o usuário.

O objeto da concessão comum pode ser visto sob dois aspectos – um mediato e outro imediato, o primeiro aspecto significa a vontade administrativa de gerir de forma descentralizada determinado serviço público, calcada na agilidade da atividade, de conferir maior celeridade na execução e de melhor atender aos indivíduos que a solicitam.

O objeto imediato é a execução de determinada atividade caracterizada como serviço público, a ser disfrutada pela coletividade. Nesse aspecto, o objeto constitui uma diretriz administrativa pela qual se verifica a conveniência da concessão, ato contínuo, ajusta-se o contrato para atingir os fins colimados.

³⁶ 2015, pág. 389.



O interesse público deve estar consubstanciado na transferência da execução e exploração do serviço público a terceiro, livrando-se a Administração Pública dos custos decorrentes de sua execução, mantendo, no entanto, a titularidade do serviço público transferido e o controle da prestação aos usuários. Por via de consequência, há interesses recíprocos nessas outorgas, do concedente e do concessionário, este com sua *expertise* técnica, econômica e financeira deseja investir na gestão, otimização, eficiência e sustentabilidade dos serviços públicos, auferindo um retorno a longo prazo amortizando os investimentos e, de outro lado, o concedente deseja que os serviços públicos sejam prestados adequadamente aos usuários e, assim, atendido o interesse público primário.

Os fundamentos da celebração de um contrato de concessão de serviço público biparte-se em *político e jurídico*. O fundamento político reside na conveniência e oportunidade de ser descentralizado o serviço público, aproveitando o potencial econômico, financeiro e tecnológico dos particulares transformados após firmado o contrato em concessionários.

No aspecto da figura do concessionário destaca Diogenes Gasparini³⁷

Estes, por não atuarem vinculados aos rígidos princípios que regulam as atividades administrativas, podem realizar os serviços que lhe foram outorgados com mais presteza e segundo as mais modernas técnicas existentes para o oferecimento de comodidades e utilidades à coletividade. Ademais, com a participação dos concessionários a Administração Pública concedente evita investimentos em atividades que não lhe são primordiais e, mediante vigilância constante, torna compatível a atuação desses executores com os interesses que persegue. E, por fim, com tal expediente pode a Administração Pública concedente obter uma significativa receita, dado que a concessão de serviço público pode ser remunerada”.

Por sua vez, a concessão demanda um fundamento jurídico, que no nosso direito pátrio tem guarida constitucional, consistindo na possibilidade jurídica do Poder Público, na forma da lei, executar diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação do serviço público (art. 175 da CF).

Em razão da partição constitucional de competências, cabe determinar a competência para outorgar a concessão, que está afeta a entidade estatal cujos serviços foram atribuídos pela Constituição Federal, ou seja, União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios na medida em que tenham a titularidade dos serviços, cuja execução desejam trespassar a terceiro. Aos Municípios cabe outorgar concessão de serviço público para a execução dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Nesse aspecto, cumpre anotar que no caso de Orlandia temos um histórico legislativo que direciona o interesse público, ao instituir a Política Municipal de Saneamento – LCM 3.762/2010,

³⁷ 2012, pág. 426.



aventou a possibilidade de outorgar a concessão, inclusive, à época, já apresentou contornos jurídicos relevantes ao tratar da forma de regulação e fiscalização por agência municipal. E, cabalmente, a Lei Complementar n.º 25 de 08 de fevereiro de 2017 “autorizou o Poder Executivo a fazer a concessão do serviço público de abastecimento de água e de esgotamento sanitário” mas, não só, expressamente consignou que a concessão de que trata esta Lei Complementar, será a concessão de serviço público comum de que trata a Lei 8.987/95. Resta ao presente estudo analisar a modelagem jurídica positivada pelo Município, bem como viabilizá-la.

As outorgas para execução e exploração dos serviços públicos por terceiros são pautadas na conveniência e oportunidade, todavia, devem seguir um procedimento administrativo prévio, em que estejam devidamente delineados os aspectos de conveniência, oportunidade e legalidade que serão examinados e dessa análise se conclua pela transferência da execução e exploração dos serviços públicos.

O aludido procedimento deve ser instaurado pela Administração Pública, que detém a titularidade do serviço público, objeto de trespasse, e termina com a publicação do Edital da concorrência, que informará as condições em que será outorgada a execução e exploração dos serviços. Os interessados, por sua vez apresentarão propostas em um dos critérios definidos no art. 15 da Lei Federal n.º 8.987/95, a Administração Pública licitante escolherá a mais vantajosa ao seu propósito e adjudicará a execução e exploração do serviço público licitado.

Após a adjudicação, o proponente será notificado para que saiba que foi o vencedor do certame e que a Administração está disposta a outorgar a execução e exploração dos serviços, mediante a celebração de devido contrato administrativo. O conteúdo do contrato compreende o conjunto de direitos e obrigações das partes, consignados no edital de licitação e seus anexos e na proposta vencedora.

Importante anotar que antes da deflagração do processo licitatório pressupõe a satisfação de alguns pré-requisitos de ordem financeira, popular e ambiental. Vejamos:

No aspecto das diretrizes financeiras pressupõe um estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da opção, bem como a viabilidade técnica econômico-financeira e jurídica. Ainda, a satisfação das diretrizes de interlocução popular submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública, mediante publicação da qual constem justificativa, identificação do objeto, prazo de duração do contrato, valor estimado, sendo fixado o prazo mínimo de 30 dias para o recebimento de sugestões, cujo termo ocorrerá no mínimo sete dias antes da publicação do edital de licitação.

a) O caráter “*intuitu personae*” da concessão:



Em que pese alguns doutrinadores defenderem que a concessão de serviço público é outorgada em caráter personalíssimo a determinada empresa, ao que lecionam por ser vedada a subcontratação total ou parcial de seu objeto, a cessão ou transferência total ou parcial dos direitos e obrigações outorgados. Todavia, a Lei 8.987/95 admite a subconcessão em seu art. 26, observando os termos previstos no contrato de concessão, demandando para a legitimidade dessa operação a autorização do Poder Público concedente, enquanto seu § 1º exige concorrência. Por força dessa transação o subconcessionário se sub-rogará dentro dos limites da subconcessão.

A transferência da concessão de serviço público ou do controle societário do concessionário também é possível, conforme regulado pelo art. 27 da Lei 8.987/95, desde que haja prévia anuência da Administração Pública, e desde que seja comprovado o atendimento às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, imprescindíveis à assunção do serviço, bem como o compromisso de cumprir todas as cláusulas do contrato. Entretanto, a Administração Pública concedente não está obrigada a anuir, mesmo que haja previsão no edital e contrato, não existindo, assim, direito subjetivo do concessionário à manifestação favorável do Poder Concedente.

b) Serviço adequado:

O art. 6º da Lei 8.987/95 impõe que toda concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, as regras que exigem um serviço adequado derivam da própria lei de concessões e permissões, que serão melhor definidas no respectivo contrato, em função da especificidade de seu objeto. São condições de satisfação de um serviço adequado:

- i) regularidade;
- ii) continuidade;
- iii) eficiência;
- iv) segurança;
- v) atualidade;
- vi) generalidade;
- vii) cortesia na prestação; e
- viii) modicidade das tarifas.

A regularidade demanda que os serviços sejam prestados de acordo com padrões de qualidade e quantidade impostos pela Administração Pública, tendo em vista o número e as exigências dos usuários, observando as condições técnicas exigidas pela natureza do serviço. É dever do Poder Público, sem prejuízo das responsabilidades do concessionário, de fiscalizar o serviço, aferindo sua regularidade. Do contrário, aplica-se o art. 38, § 1º da Lei 8.987/95, podendo



ser declarada a caducidade da concessão, quando o “serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente”.

Além disso, no Brasil é notório o avanço e desenvolvimento do país no sentido de erigir o controle da sociedade, por meio dos usuários de serviços, de forma isolada ou associada, sem prejuízo dos órgãos de controle, como o Ministério Público.

A continuidade impõe que a prestação dos serviços seja ininterrupta, exceto em emergência ou por motivos de ordem técnica ou de segurança nas instalações, observando o impreterível aviso prévio, bem como o inadimplemento pelo usuário.

A eficiência consiste na utilização de métodos e procedimentos que otimizam os recursos disponíveis, relação dos meios utilizados e resultados obtidos em relação a necessidade pública. Consiste em evitar o desperdício e a oneração do usuário, por falta de método ou racionalização no seu desempenho.

A segurança impõe a ausência de risco ao usuário ou a terceiros, demanda a utilização de todas as medidas de precaução, de acordo com a atividade desempenhada, realização de vistoria, manutenção preventiva dos equipamentos e instalações, sobretudo segurança dos funcionários que executam os serviços.

Por sua vez, a atualidade demanda a modernidade das técnicas dos equipamentos, das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸ serviço atualizado significa que em decorrência do rápido progresso tecnológico na contemporaneidade, as concessionárias devem tomar medidas para acompanhar o desenvolvimento de novas técnicas e equipamentos, refletindo diretamente na eficiência.

A generalidade impõe ao prestador a universalização dos serviços, oferecendo maior número de pessoas e que trate todos os usuários com igualdade, isto é, sem discriminação, que inter-relacione com a cortesia na prestação, ou seja, o usuário deve ser tratado com respeito, afabilidade e polidez, ainda que se tratem de serviços potencialmente gratuitos a prestação nunca é um “favor” do agente ou da Administração, sobretudo dever desta.

Por derradeiro, a modicidade das tarifas exige que as tarifas cobradas pela empresa como contraprestação dos serviços ofertados sejam acessíveis, seus valores sejam módicos para não excluir pessoas que deles necessitam no universo de beneficiários.

c) Direitos e deveres do usuário do serviço público:

Por sua vez, o art. 7º da Lei 8.987/95 trouxe um rol de direitos e obrigações aos usuários, que, sem prejuízo àqueles definidos no Código de Defesa do Consumidor, fazem *jus* os usuários:

³⁸ *Apud*. NHOARA, Irene Patrícia. 2015, pág. 503



* receber serviço adequado; * receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; * obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; * levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; * comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; * contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

O art. 7ºA prevê, ainda, que as concessionárias de serviço público nos Estados e no Distrito Federal sejam obrigadas a oferecer ao consumidor e usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento. O Código de defesa do Consumidor, em seu art. 22, determina que os órgãos públicos, por si ou empresas concessionárias, permissionárias, ou qualquer outra forma de empreendimento, sejam obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quando essenciais, contínuos. Além disso, constitui direito básico do consumidor (art. 6º, inciso X).

d) Política Tarifária:

A Lei de Concessão e Permissão reservou um capítulo específico à política tarifária (arts. 9º a 13º), sendo a tarifa do serviço concedido fixada com base no preço constante na proposta vencedora da licitação, aberta para a transferência da execução e exploração de serviço público por terceiro. Assim, não é, portanto, o vencedor da licitação quem fixa a tarifa. Essa fixação é sempre competência da Administração Pública Concedente, que pode negociar com o vencedor da licitação sua redução. Após negociação, por ato administrativo, veiculado por decreto, se fixará o valor pelo qual o serviço será prestado pelo concessionário de serviço público. Trata-se da única oportunidade em que a tarifa poderá ser fixada com elementos propostos pelo concessionário, isso porque, desse momento em diante, a tarifa será sempre ato da Administração Pública concedente, editado segundo regras próprias de revisão tarifária prevista no contrato, conforme faculta o § 2º, do art. 9º.

A citada previsão tem por finalidade manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão de serviço público, permitindo a amortização do investimento, o lucro, a manutenção e expansão do serviço.

A criação, a alteração ou a extinção de qualquer tributo ou encargo legal, verificável após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará na revisão da tarifa, assim, a alteração de qualquer tributo federal, estadual ou municipal será determinante da revisão da tarifária, independentemente de quem seja o titular do serviço público concedido, trata-se da



aplicação automática da teoria do fato do príncipe. Todavia, é imprescindível que o concessionário demonstre e comprove que o impacto é relevante na quebra da equação econômico-financeira, nos termos do § 3º, art. 9º da Lei 8.987/95.

Toda revisão tarifária deve ser cautelosa e efetivada mediante prova do impacto, especialmente quando a sua ocorrência for logo após, a entrega das propostas. Não obstante qualquer ato unilateral da Administração Pública concedente, que altere o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, será motivo suficiente para a própria Administração recompor o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste de forma concomitante. Conclui Diogenes Gasparini³⁹ “ *Vale dizer, observados os procedimentos operacionais e formais, a Administração Pública Concedente, ao mesmo tempo em que altera unilateralmente o contrato, promove a restauração da equação econômico-financeira do ajuste. Nesses casos, o reequilíbrio prescinde de qualquer pedido do concessionário*”.

Por sua vez, o concessionário poderá contraditar o novo valor tarifário se este não reequilibrar a relação encargo-remuneração ($E = R$) pelo serviço prestado. As regras de revisão das tarifas estão previstas em três instrumentos a) Lei de Concessões e Permissões; b) edital de licitação; e c) no contrato de mais detalhada ou idêntica à do edital.

O serviço público pode ser prestado tanto em regime de competição como, também, de exclusividade⁴⁰, até porque o art. 16 da Lei 8.987/95 determina que a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica. No caso do presente estudo, os serviços demandam construção e/ou reformas bem como manutenção de infraestrutura por se tratar de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário que, a exemplo das rodovias, redes de energia elétrica, de forma excepcional são outorgadas em caráter de exclusividade.

Ainda, de grande relevância para o presente estudo, com vistas à garantia da modicidade de tarifas, o poder concedente poderá prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, outras fontes de receitas alternativas, complementares e acessórias ou de projetos associados, são exemplos:

- Receitas alternativas: decorre da substituição do pagamento tarifário por outra receita;
- Receitas complementares: decorre de serviços externos à relação de consumo do serviço, necessárias para cobrir os custos da concessão e a remuneração da concessionária;

³⁹ 2012. Pág. 436

⁴⁰ Teori Albino Zavaski – RESp 417.804/PR j. 19/04/2005.



- Receitas acessórias: de venda de utilidades ou comodidades que dependem da concessão para serem oferecidas, mas que não confundem com ela;
- Receitas de projetos associados: decorre de atividades econômicas autônomas, que se servem de uso secundário na concessão.

Estas fontes de receita serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por derradeiro, o art. 13 determina que as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários. Em prol das ações afirmativas chanceladas pelo Poder Judiciário, admite a cobrança de tarifa progressiva para a utilização de água, na qual há faixas de consumo para que os usuários de maior poder aquisitivo subsidiem o consumo daqueles de menor poder aquisitivo. Tal matéria encontra-se sumulada;

Súmula 407 do STJ: determina ser: “legítima a cobrança de tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo”. Ainda, Súmula 356 do STJ: “é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso de serviços de telefonia fixa”.

e) Licitação na Concessão de Serviço Público:

Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos do art. 175 da CF c.c art. 14 da Lei 8.987/95, sem prejuízo das diretrizes e princípios estabelecidos na Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93) a lei de concessões trouxe importantes definições e balizas nesse aspecto.

O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação (art. 15, § 3º Lei de Concessões). Dessa forma, sem prejuízo da aplicação da Lei Geral de Licitações, há peculiaridades próprias estabelecidas pela Lei de Concessões:

- Tipos (critérios) de licitação diferenciados (art. 15);
- A necessidade de publicação prévia ao edital de licitação de ato justificando a conveniência da outorga da concessão, caracterizando o objeto, área e prazo (art. 5º);
- Possibilidade de inversão das fases – habilitação e julgamento – visando celeridade;
- Diferentemente do que ocorre nas licitações em geral, nas licitações para concessão e permissão de serviço público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar diretamente ou indiretamente do certame ou da execução de obra ou serviço;
- Poder concedente poderá determinar que o licitante, no caso de consórcio, se constitua em empresa, antes da celebração do contrato.



Os critérios de julgamento são: * menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; * maior oferta (casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão); * a combinação de dois a dois, dos critérios dos incisos I, II e VII; * melhor proposta técnica com preço fixado no edital; * combinação de menor valor da tarifa com a melhor técnica; * combinação de maior oferta da outorga com o de melhor técnica; e * melhor oferta pela outorga após qualificação das propostas técnicas.

Neste item a Lei Complementar Municipal n.º 25/2017 no seu § 5º do art. 1º, estabeleceu que o critério de julgamento da licitação deve considerar a combinação dos critérios de menor tarifa e da maior oferta quanto ao pagamento de outorga ao poder concedente.

f) Cláusulas essenciais do contrato de concessão:

São cláusulas essenciais do contrato de concessão, previstas no art. 23 da Lei:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;*
 - II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;*
 - III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;*
 - IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;*
 - V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;*
 - VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;*
 - VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;*
 - VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;*
 - IX - aos casos de extinção da concessão;*
 - X - aos bens reversíveis;*
 - XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;*
 - XII - às condições para prorrogação do contrato;*
 - XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;*
 - XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e*
 - XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.*
- Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:*
- I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e*
 - II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.*
- Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.*

Se faz oportuno mencionar que nos contratos de concessão precedidos da execução de obra pública, adicionalmente, deverão estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das



obras vinculadas à concessão e exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

g) Encargos da concessionária:

Incumbe à concessionária, de acordo com o art. 31 da Lei de Concessões:

- Prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
- Manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
- Prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;
- Cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- Permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;
- Promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;
- Zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e
- Captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

h) Responsabilidade da concessionária:

Neste aspecto, as concessionárias e permissionárias de serviço público, por serem empresas privadas no exercício de serviços públicos, respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, de acordo com o art. 37, § 6º da CF.

Não obstante a responsabilidade em regime publicístico da concessionária, suas contratações, inclusive de mão-de-obra, serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

Considerando o disposto no art. 25 da lei de concessões, a concessionária deve responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, usuários ou terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente atenuie ou exclua essa responsabilidade.

i) Encargos do Poder Concedente:

Incumbe ao Poder Concedente, de acordo com o art. 29 da Lei de Concessões:

- Regular o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
- Aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;



- Intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
- Extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;
- Homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;
- Cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- Zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
- Declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- Declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- Estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;
- Incentivar a competitividade; e
- Estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Considerando que a titularidade é estatal, portanto, indelegável, permanece com o Poder Concedente o dever de fiscalizar o desempenho da empresa e a adequação do serviço, quando optar por transferir a execução.

Resguarda-lhe também o poder-dever de aplicar as respectivas punições e sanções em prol dos comandos legais existentes, sobretudo de legislação setorial afeta exclusivamente ao serviço delegado, saneamento básico por exemplo.

Por derradeiro, o poder de fiscalização é amplo, abrangendo dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária, casos em que a fiscalização é feita por órgãos técnicos ou por entidade conveniada e por comissão composta de representantes do Poder Concedente, da concessionária e dos usuários.



j) Responsabilidade do Estado por prejuízos causados pelos concessionários:

Em que pese ser um tema passível de divergência doutrinária, a responsabilidade do Estado no caso da concessionária causar prejuízo a terceiros, em conformidade com a doutrina majoritária, à qual nos filiamos, deve ser considerada responsabilidade subsidiária, o que significa que somente depois de esgotar as forças econômicas da concessionária é que se cogitará a responsabilidade do Poder Concedente. O fundamento reside na premissa de que a concessionária presta serviço por conta e risco, do contrário, se se admitisse a responsabilidade solidária do Estado estaria afastando o risco da concessionária.

k) Intervenção na concessão:

A intervenção trata-se de um expediente à disposição do Poder Concedente para o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes à concessão de serviço público (art. 32 Lei de Concessões).

É ato administrativo, formalizado por decreto editado pelo Poder Concedente contendo a designação do interventor, o prazo de intervenção e os objetivos e limites da medida. Declarada a intervenção, o poder concedente terá 30 (trinta) dias para instaurar procedimento administrativo objetivando comprovar as causas determinantes da medida para apurar as responsabilidades, assegurando a ampla defesa. O procedimento deve ser concluído em até 180 dias, sob pena de ser inválida a intervenção. Esta deve ser por prazo limitado, sob pena de se transformar em encampação.

Se, por ventura, ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares, será declarada sua nulidade, com a consequente devolução do serviço à concessionária, sem prejuízo de indenização.

Ainda, nos casos de cessar a intervenção, e se não houver extinção da concessão, a execução do serviço será devolvida à concessionária.

Essa fase poderá resultar:

- Devolução do serviço à concessionária, nos casos em que não comprove qualquer irregularidade;
- Aplicação de sanções, sem prejuízo de devolução dos serviços à concessionária, nos casos em que comprovar pequenas irregularidades;
- Extinção do contrato de concessão, quando houver a comprovação de irregularidades graves, com as consequências a seguir.

l) Extinção da Concessão:



São causas de extinção da concessão, nos termos do art. 35 da lei, advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência ou extinção da empresa concessionária. Extinta a concessão, retornam ao poder concedente, que deve assumir imediatamente os serviços, todos os bens reversíveis, os direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato. Importante destacar que a assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

i) Reversão:

Trata-se da incorporação, pelo poder concedente, dos bens da concessão necessários à prestação dos serviços em caso de extinção da concessão. O Poder Concedente tem profundo interesse na aquisição dos bens afetos à concessão em prol da continuidade dos serviços públicos. Os bens reversíveis podem ser móveis, como materiais, máquinas, equipamentos e mobiliários necessários à prestação dos serviços, como imóveis, instalações e estações de tratamento de água e esgoto bem como as redes de abastecimento e de afastamento de esgoto.

O inventário e/ou relação dos bens reversíveis deve constar no edital e ser efetivamente referendada pelas partes durante o período de transferência. Cumpre anotar que são reversíveis todos os bens que a concessionária recebe a título gratuito, destinados e vinculados à prestação dos serviços. Os bens reversíveis tanto podem ser públicos, recebidos da Administração, como os de propriedade do concessionário, que serão entregues ao poder concedente quando houver extinção da concessão, resguardando a adequada amortização dos investimentos ao longo do período da concessão. É imperativo o dever da concessionária de manter em dia o inventário e registro dos bens vinculados à concessão (art. 31, II) possibilitando ao Poder Concedente o acompanhamento dos investimentos feitos para a manutenção dos bens, o que inclui a compra de novas peças ou equipamentos, atividade crucial para a justa indenização ao final da concessão.

Por derradeiro, adverte Irene Patrícia Nohara⁴¹ “*se o prazo da concessão for muito curto ou as tarifas forem muito baixas pode acontecer de o concessionário não conseguir amortizar integralmente o capital, caso em que o Poder Concedente, para respeitar o equilíbrio patrimonial, deve indenizá-lo pelo valor remanescente não amortizado*”.

Concluindo o tema, o professor Antônio Carlos Cintra do Amaral⁴² defende que “*o contrato de concessão poderá ter seu prazo de duração prorrogado, com vista a reestabelecer seu reequilíbrio econômico-financeiro*”.

⁴¹ 2015. Pág. 526.

⁴² 2012. Pág. 30.



ii) Encampação:

Trata-se de uma espécie de revogação da concessão, por interesse público mas justificado em lei, após prévio pagamento de indenização e produz efeitos *ex nunc*, pois considera válido os efeitos produzidos na vigência do contrato. São requisitos: motivo de interesse público; lei autorizativa específica (só pode tratar da encampação), aprovada pelo Poder Legislativo do âmbito do respectivo poder concedente; e, por fim, o pagamento prévio de indenização.

Importante anotar que nesta hipótese a indenização pela encampação deve abranger não apenas os investimentos amortizados, mas também e sobretudo danos emergentes e lucro cessante, em função do tempo de execução do contrato que lhe foi suprimido.

iii) Caducidade:

A caducidade, também denominada decadência, é modalidade de rescisão unilateral do contrato de concessão em função da inexecução ou inadimplemento total ou parcial por parte do concessionário. É ato administrativo declaratório e suas hipóteses estão legalmente definidas no art. 38, § 1º:

- O serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- A concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;
- A concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- A concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;
- A concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;
- A concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e
- A concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Em prol do devido processo legal, a declaração da caducidade pressupõe a instauração de prévio processo administrativo para verificar e constatar a inadimplência da concessionária, a qual



deve ser comunicada de forma detalhada previamente e conferindo prazo para sanar e corrigir as falhas e transgressões apontadas.

A caducidade é declarada por meio de decreto do poder concedente, sendo prescindível lei autorizativa. A indenização não é prévia e será calculada no bojo do processo administrativo que abrangerá parcelas de investimentos ainda não amortizados, deduzindo o valor das multas e dos danos causados pela concessionária.

iv) Rescisão:

A rescisão é termo amplo, podendo ocorrer unilateralmente pela Administração Pública ao que a lei denomina caducidade, como pode se dar amigavelmente ou por meio de arbitragem. Nos termos do art. 39 da lei, o contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, nos casos de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente ajuizada para esse fim. Evidencia-se ainda a possibilidade de pleitear a rescisão administrativa amigavelmente.

v) Anulação:

Nos casos de anulação do contrato, há sua conseqüente rescisão. A anulação decorre em virtude de alguma irregularidade que tenha sido identificada, assegurando à concessionária a ampla defesa. Como exemplo, citamos a anulação do procedimento licitatório em virtude de ilegalidade que tenha sido identificada, o que conduz à invalidação do contrato administrativo e não exonera a Administração Pública do dever de indenizar o contratado pelo que este tiver executado, promovendo a responsabilidade de quem deu causa.

vi) Falência ou extinção:

Nos termos do art. 195 da Lei de Falências (Lei 10.101/05) prevê que a decretação de falência da concessionária de serviços públicos, implica na extinção da concessão.

No caso, e já antecipando seguramente o mérito e conclusão do presente estudo, entendemos ser a Concessão de Serviço Público o modelo mais adequado, isso porque delega ao particular a execução dos serviços públicos, bem como todos os investimentos necessários, a manutenção, a modernização, a ampliação dos sistemas, o cumprimento das políticas públicas, o atendimento as necessidades dos usuários a disponibilização de um serviço adequado e eficiente com todos os atributos inerentes aos serviços públicos, sob risco integral do particular. Ainda, resguardando o controle, a fiscalização e demais atributos ao Poder Concedente de intervir, caso a



concessionária não atenda ao interesse público, remetendo, na oportunidade, ao tópico final e conclusivo do presente estudo.

3.4.3.2 Permissão

A permissão de serviço público é, em definição contida no art. 2º, inciso IV da Lei 8.987/95, é a delegação a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

“Permissão de serviço público é o contrato administrativo através do qual o Poder Público (permitente) transfere a particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público, inclusive quanto à fixação do valor das tarifas”⁴³

No mesmo sentido, a permissão indica uma diretriz administrativa no sentido de ser executado certo serviço de modo descentralizado. O objeto imediato consiste na execução em si do serviço público visando alcançar os reclamos oriundo da comunidade. Há grandes nuances doutrinárias acerca da natureza jurídica da permissão, entre ato administrativo e contrato administrativo, nos termos do art. 40 da Lei 8.987/95, que estabeleceu que deveria ser formalizada mediante contrato administrativo de adesão, entendimento que forçosamente prevalece.

Carvalho Filho apresenta duas distinções insignificativas entre os institutos da permissão e concessão, a primeira diz respeito aos sujeitos, ou seja, a natureza do delegatário, enquanto a concessão só pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a permissão pode ser firmada com pessoa física ou jurídica.

Em segundo lugar, consta no conceito de permissão que este ajuste estampa delegação a título precário, sem grande relevância. Além disso, o diploma legal que trata dos institutos consigna que aplica-se a permissão às regras inerente à concessão.

Uma questão apontada por Irene Patrícia Nohara⁴⁴ diz respeito a ausência de definição acerca da modalidade licitatória para delegar serviço público por meio de permissão, ao que conclui ser possível qualquer modalidade, desde que adequada ao tipo de serviço que pretende delegar, diversamente da concessão que taxativamente define a modalidade de concorrência.

⁴³ Carvalho Filho, 2015. Pág. 436.

⁴⁴ 2015. Pág. 532.



Por fim, a permissão tem natureza jurídica de contrato de adesão, sendo-lhe aplicável o mesmo tratamento jurídico conferido pela lei à concessão de serviço público. a execução dos serviços será remunerada por tarifa ou preço público paga pelo usuário do serviço, sendo o desempenho por conta e risco do permissionário.

3.4.3.3 Autorização

Trata-se de ato administrativo discricionário ou vinculado, por meio do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material. Diognes Gasparini⁴⁵

(...) a autorização de serviço público é ato administrativo discricionário e precário mediante o qual a Administração Pública competente investe, por prazo indeterminado, alguém, que para isso tenha demonstrado interesse, na execução e exploração de certo serviço público. A autorização de serviço público é formalizada por ato administrativo, veiculado por portaria ou decreto, precedido de licitação.

Há uma tendência ainda de que o serviço público autorizado seja sempre desempenhado no interesse do particular. Comungamos com Carvalho Filho⁴⁶, na assertiva de que não há autorização de serviço público, mas apenas autorização para o desempenho de atividade de interesse exclusivo ou predominantemente do autorizatário, ainda que traga comodidade a determinado grupo de pessoas.

3.4.3.4 Parcerias público privadas

A Parceria público-privada (PPP) é contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa, instituída pela Lei 11.079/04 e em caráter subsidiário à Lei 8.987/95. O objetivo da Lei Federal das PPPs é disciplinar uma nova forma de parcerias com o empresariado privado, na sua essência persegue dispor de melhores atrativos econômicos para atrair a participação do setor privado e o aporte de recursos financeiros e tecnológicos para a concretização do interesse público que em termos de eficiência carece a Administração Pública.

Valendo das lições de Diogenes Gasparini⁴⁷

⁴⁵ 2012, pág. 467

⁴⁶ *Apud*, NOHARA, Irene Patrícia. 2015, pág. 535.

⁴⁷ 2012, pág. 470.



Parceria público-privado é todo ajuste que a Administração Pública de qualquer nível celebra com um particular para viabilizar programas voltados ao desenvolvimento socioeconômico dos países e ao bem estar da sociedade, como são as concessões de serviço, as concessões de serviços precedida de obra pública, os convênios e os consórcios públicos. Em sentido estrito, ou seja, com base na Lei federal das PPP's pode-se afirmar que é um contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com retorno do investimento privado, celebrado pela Administração Pública com certa entidade partícua, remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade de parceria adotada, destinado a regular prestação dos serviços públicos ou a execução de serviços públicos precedidos de obras públicas ou, ainda a prestação de serviços em que a Administração é usuária direta ou indireta, respeitando o risco assumido”.

a) **Modalidades:**

Há duas modalidades de parceria público-privada: concessão patrocinada; e concessão administrativa. Nas lições de Irene Patrícia Nohara⁴⁸

A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou obras públicas de que trata a Lei 8.987/95, quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada pelos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2º, § 1º). A concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Importante anotar que a concessão patrocinada diferencia-se da concessão comum com fulcro na Lei 8.987/95, pelo fato de que além da amortização do investimento por tarifa cobrada dos usuários, existe a previsão de contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público. Compreende um financiamento público extra, uma vez que na concessão comum a delegação se dá por conta e risco da empresa privada, que terá como única fonte de renda a tarifa paga pelo usuário.

Por sua vez a concessão administrativa, aproxima-se de um contrato de empreitada, pois a remuneração é feita exclusivamente do parceiro público ao parceiro privado.

b) **Características e vedações:**

Nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁹, são traços comuns tanto a concessão administrativa como a patrocinada:

- ***A presença de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, sendo que, enquanto na concessão patrocinada ela é um plus em relação à tarifa, na administrativa trata-se de forma básica de remuneração;***

⁴⁸ 2015. Pág. 536

⁴⁹ *Apud*, NOHAHA, 2015, pág. 536.



- *Presença de técnicas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro, como, por exemplo, a repartição dos riscos entre as partes e demais formas de revisão contratual;*
- *Compartilhamento dos ganhos econômicos também com o poder público;*
- *Financiamento por terceiros, seja pela aquisição de crédito especialmente destinado ao financiamento da parceria ou pela participação de entidades fechadas de previdência complementar;*
- *Presença de três tipos de garantias: a prestada pelo parceiro privado ao parceiro público, a prestada pelo parceiro público ao parceiro privado; e a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto;*
- *Constituição de sociedade de propósito específico;*
- *Previsão de multas ressarcitória aplicável ao poder concedente para indenizar o contratado pelos prejuízos eventualmente por ele causados;*
- *Limite de prazo contratual;*
- *Normas específicas para licitação de parceria público-privada;*
- *Observância da lei de responsabilidade fiscal e;*
- *Imposição de limite de despesa, estabelecido nos arts. 22 a 28.*

Algumas restrições e/ou vedações inerentes às PPP's são dignas de nota, * quanto ao valor: não se admite PPP inferior a 20 milhões de reais; * quanto ao prazo: não se admite PPP com prazo inferior a 05 anos, sendo limites mínimos e máximos de 05 – 35 anos, considerando eventuais prorrogações; * quanto a matéria: são vedadas PPP's que tenham por objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento de instalação de equipamento ou a execução de obra pública.

Como se vê, as restrições procuram evitar que os governos gastem demais com as PPP's, afastando inclusive o endividamento de pequenos municípios. Além disso, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de PPPs deverão encaminhar ao Senado Federal e a Secretária do Tesouro Nacional, previamente à contratação, informações necessárias para o controle do limite de transferências e garantia dos contratos pela União, que é de 3% (art. 28, § 1º da lei).

Ademais, é necessária autorização legislativa específica para concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado sejam pagos pela Administração Pública,



restrição aplicável somente pelas concessões patrocinadas, eis que nas concessões administrativas a remuneração é integralmente pública.

As normas definidas pela lei das PPP's aplicam-se aos órgãos da Administração Direta; fundos especiais; autarquias; fundações públicas; empresas públicas; sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Insta destacar que a Lei 11.079/2004 é um diploma simultaneamente nacional e federal, tendo em vista que suas normas são aplicadas a todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e alguns dispositivos são de aplicação restrita à União (art. 14 a 22).

Nesse aspecto a competência privativa da União para editar normas de caráter geral não afasta a possibilidade de os demais entes federados criarem leis específicas, coadunando com as regras gerais.

Em que pese a especificidade do diploma legal – Lei 11.079/2004, aplica-se subsidiariamente a Lei 8.666/93.

c) Diretrizes norteadoras:

A Lei das Parcerias Público-provadas traz em seu art. 4º algumas diretrizes importantes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Merece destaque a sistemática acerca da repartição de riscos entre as partes, ou seja, entre o parceiro público e parceiro privado, assim, propõe-se a corresponsabilidade do Estado nestas modalidades de concessão.

Com a devida vênia, entre as diretrizes deste instituto jurídico, uma primeira questão digna de análise diz respeito ao sucesso dos projetos com parceiros sob regimes jurídicos tão



diversos. Se, de um lado, o parceiro privado pode valer-se de regras de direito privado com seus subcontratados e fornecedores, o mesmo não se aplica ao parceiro público. Assim, depreende-se da largada que esses projetos devem conciliar regimes jurídicos diversos e não só, mas sobretudo equilibrar a burocracia pública com a autonomia privada.

Frise-se que os parceiros não tem as mesmas vantagens estruturais e organizacionais, assim, compartilhar riscos pode ser algo temerário e desafiador, isso porque se não estamos em igualdade de condições como compartilhar e repartir objetivamente os riscos de um negócio, a quem será atribuído eventual o insucesso?

d) Cláusulas essenciais:

Sem prejuízo das cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei de Concessões, no art. 5º da Lei de Concessões destacamos a questão do prazo de vigência do contrato de forma proporcional com a amortização dos investimentos realizados, observando mínimo de 05 anos e máximo de 35, considerando eventuais prorrogações.

Neste caso se prevê, ainda, sem prejuízo das penalidades atribuídas ao particular, penalidades atribuíveis a Administração Pública, sendo que a doutrina defende que tal penalidade se restringe a multa ressarcitória com objetivo de indenizar o contratado por eventuais prejuízos causados pelo poder concedente.

Além disso, são previsões e cláusulas necessárias do contrato de PPP a definição dos fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os moldes e o prazo de regularização e, quando houver, o acionamento da garantia.

Impera constar, ainda, repartição de riscos entre as partes, inclusive referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, bem como as formas de remuneração e atualização dos valores contratuais.

Uma outra cláusula essencial é a previsão de mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços, ou seja, a modernidade das técnicas, equipamentos e das instalações e sua conservação, bem como melhoria e expansão dos serviços. Essa exigência pressupõe que os contratos sejam de longa duração, havendo grande probabilidade de aprimoramento tecnológico que deve ser, desde logo, incorporado ao objeto da PPP.

Constará ainda cláusula que prevê a realização de vistoria dos bens reversíveis, facultando ao parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar eventuais irregularidades detectadas.

Por fim, uma última peculiaridade diz respeito às garantias prestadas pelo parceiro privado que devem ser suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, obedecidos os



limites legais. Outrossim, é cláusula necessária a previsão do compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução dos riscos de crédito dos financiamentos utilizados pelo mesmo.

e) Contraprestação e garantias:

A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada é feita pelas formas: * ordem bancária; * cessão de créditos não tributários; * outorga de direitos em face da administração pública; * outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; ou * outros meios admitidos em lei. Nesse peculiar, ainda, ressalte-se que nos termos do parágrafo único do art. 6º da Lei 11.079/04 os pagamentos ao parceiro privado poderão ser vinculados ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

No caso das PPP's existem garantias voltadas à Administração Pública para assegurar as obrigações pecuniárias assumidas. Constituem garantias facultativas previstas no rol meramente exemplificativo contido no art. 8º da lei, voltadas à Administração Pública:

- Vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
- instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- outros mecanismos admitidos em lei.

De outro lado, o parceiro privado deve prestar, conforme art. 5º, VIII da Lei das PPP's, garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observando os seguintes limites:

- 10% do valor do contrato, acrescido do valor dos bens entregues em depósito pela Administração, se houver (§§ 3º e 5º do art. 56 da Lei 8.666/93);
- Em concessões patrocinadas nas quais os serviços são precedidos da execução de obra, as garantias referentes à obra pública serão limitadas ao valor da obra.

f) Sociedade de propósito específico:



A sociedade de propósito específico é incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, devendo ser constituída antes da celebração do contrato. É vedado a Administração Pública ser titular da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico, salvo se a aquisição da maioria do capital votante for adquirido por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contrato de financiamento.

Autoriza a lei que a sociedade de propósito específico assuma a forma de companhia aberta, sob o modelo de sociedade anônima de modo a negociar valores imobiliários no mercado, depreende-se que trata de uma faculdade legal, ao passo que poderá constituir-se com capital fechado. No entanto, em quaisquer das hipóteses é imperativo que obedeça padrões de governança corporativa e que adote contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

g) Licitação

A modalidade de licitação adotada para a contratação de parceria público-privada é a concorrência, sobretudo tendo em vista a elevada expressão econômica da contratação que demanda valores acima de 20 milhões de reais.

Assim como na concessão comum, a deflagração do processo licitatório pressupõe a satisfação de alguns pré-requisitos de ordem financeira, popular e ambiental. Vejamos:

No aspecto das diretrizes financeiras pressupõe um estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da opção pela PPP e que as despesas criadas não afetarão metas e resultados fiscais previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. Elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que vigorará a PPP; declaração do ordenador da despesa de que as obrigações de que as obrigações contraídas serão compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e previstas na Lei Orçamentária Anual (LOA); estimativa de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante o contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; previsão no Plano Plurianual (PPA) em vigor no momento de celebração do contrato.

No que diz respeito às diretrizes de interlocução popular, está exigida a submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública, mediante publicação da qual constem justificativa, identificação do objeto, prazo de duração do contrato, valor estimado, sendo fixado o prazo mínimo de 30 dias para o recebimento de sugestões, cujo termo ocorrerá no mínimo sete dias antes da publicação do edital de licitação.



Por fim, as diretrizes ambientais, impõe que sempre que o objeto do contrato exigir, será necessária a observância da licença ambiental prévia, sem prejuízo das diretrizes estarem definidas no regulamento.

Um outro aspecto relevante diz respeito ao fato de que a assinatura do contrato poder ocorrer em exercício diverso daquele em que foi publicado o edital, nesse caso, determina a lei que haverá necessidade de atualização dos estudos e demonstrações financeiras, conforme art. 10, § 2º da lei. Outrossim, está definida a possibilidade legal do instrumento convocatório adotar mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem.

Os tipos de licitação adotados, segundo critérios previstos nos incisos de I a V do art. 15 da Lei 8.987/95, conforme demonstrado no estudo das concessões comuns, ao que fazemos expressa referência e direcionamento. Todavia, o art. 12, II da Lei das PPP's acrescenta dois critérios que são: * menor contraprestação paga pela Administração Pública; e * combinação da menor contraprestação paga pela Administração Pública com melhor técnica, de acordo com pesos estabelecidos e definidos no ato convocatório.

É possível a previsão da inversão de ordem de fases de habilitação e julgamento, visando imprimir celeridade ao certame. Nessa hipótese encerrada a fase de classificação das propostas ou do oferecimento de lances, será aberto o envelope com os documentos de habilitação do licitante pela ordem de classificação.

No caso, sem prejuízo da restrição legislativa imposta pela Lei Complementar Municipal n.º 25/2017, tal modalidade não se apresenta adequada tendo em vista a corresponsabilidade do parceiro público.

3.5 Descentralização para pessoa governamental

Considerando a crise do Estado e a instabilidade do interesse público, afetado pelos desarranjos institucionais do próprio Estado, criaram-se novas alternativas para viabilizar a execução dos serviços públicos. Nesta ótica, evidenciamos pessoas de direito privado não totalmente estranhas à Administração Pública, tendo em vista que além da respectiva criação, o Estado assegura-lhe recursos públicos.

Trata-se do que se convencionou denominar de Estatal, como toda sociedade, civil ou comercial, da qual o estado tenha controle acionário, que fora definido como “*pessoa jurídica de direito privado, de fins econômicos, controlada direta ou indiretamente por entidade ou entidades*”



estatais, que executa serviços públicos ou explora atividade econômica caracterizada pela produção e comercialização de bens ou pela prestação de serviço em geral”.

Estas entidades constituem gênero das seguintes espécies: as empresas públicas, sociedade de economia mista e as fundações privadas, sendo pessoas privadas criadas pelo Estado, com recursos essencialmente públicos para a execução e exploração de serviços públicos ou para a intervenção na atividade econômica. São entidades criadas para a prestação de determinado serviço público, a exemplo do serviço postal e telegráfico. Quando criadas, vinculam-se ao Ministério cuja competência seja afeta a sua atividade principal. Essa categoria de entidades integram a Administração Pública Indireta.

3.5.1 Empresa pública

Empresa pública é espécie de estatal que na definição empregada por Carvalho Filho⁵⁰ *“são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos”*

O capital da empresa pública é integralmente público, sem prejuízo de pertencer a diversas entidades, desde que seja de direito público interno ou integrantes da Administração Indireta, pois de forma diversa da sociedade de economia mista não podem ter patrimônio integralizado por particulares, pessoas físicas ou empresas privadas.

Outra nota peculiar diz respeito ao fato que a empresa pública pode revestir-se de qualquer das formas admitidas pelo direito, o que inclui sociedades civis, sociedades comerciais, anônimas ou mesmo unipessoal.

Nos termos da Carta Magna é possível a constituição de empresas públicas prestadoras de serviços públicos, a exemplo podemos citar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Nos casos em que a empresa pública presta serviços públicos, seu regime jurídico sofre derrogação de direitos públicos, ao passo que as empresas públicas que exploram o domínio econômico, como a Caixa Econômica Federal, que atua no setor bancário, não podem gozar de privilégios não extensivos ao setor privado (art. 173, § 2º, da CF).

⁵⁰ 2015. Pág. 516



3.5.2 Sociedade de economia mista

A criação da sociedade de economia mista adveio como mais uma das inúmeras tentativas do Estado viabilizar formas alternativas de desenvolver os serviços públicos, com vistas a sanar as crescentes demandas do Estado agravadas por uma crise institucional, econômica, financeira e técnica. A sociedade de economia mista é uma empresa estatal com personalidade jurídica de direito privado. É formada como sociedade anônima com a finalidade de desenvolver alguma atividade econômica ou prestar serviços públicos, seu capital é composto e captado por ações, com a participação do Poder Público e de seus acionistas, pessoas físicas e entidades não estatais em seu capital e administração.

Criticando o instituto Irene Patrícia Nohara⁵¹

...também a sociedade de economia mista não era o modelo perfeito, sendo seu principal entrave o fato de haver intrinsecamente um conflito de interesses entre o Estado e os particulares investidores, uma vez que enquanto aquele objetiva desenvolver suas atividades buscando alcançar metas e interesses de desenvolvimento, o particular objetiva lucro, sendo menos importante se a empresa desempenhará suas atividades com preços acessíveis ou tendo em vista a consecução de interesses coletivos.

São exemplos de sociedade de economia mista, o Banco do Brasil, a Petrobrás, a Eletrobrás, o Banco do Nordeste, a Brasil Resseguros (IRB) e a Sabesp.

É uma sociedade regida pelo direito privado, mas é derogada a atividades de direito público e tutelada por um controle do Estado. O capital privado da sociedade de economia mista é captado por ações, por isso é adequada sua forma jurídica de sociedade anônima, mas a lei confere, para que continue sendo estatal, o controle acionário ao Estado. Ela se submete ao controle estatal denominado de tutela. A Lei das S.A. não define a sociedade de economia mista, mas menciona em seus artigos (236 a 240).

- Necessidade de previa autorização legislativa para criação e extinção;
- Participação majoritária do Poder Público no capital;
- Obrigatoriedade de existência de Conselho de Administração, sendo assegurado à minoria das ações o direito de eleger ao menos um conselheiro – se maior número não couber e de Conselho Fiscal com o mesmo direito e;
- Obediência ao princípio da especialidade, pelo qual as atividades são desenvolvidas em função do objetivo que orienta sua criação.

⁵¹ 2015, pág. 624.



Os fins das sociedade de economia mista são a organização e exploração de atividades econômicas, quando necessárias aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Podem ser criadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Seus servidores estão adstritos ao regime da Consolidação das Lei do Trabalho, ingressam mediante concurso público, salvo aqueles em que são nomeados em cargo de comissão, estes caracterizados por livre nomeação e exoneração.

O regime tributário das sociedade de economia mista que tem por objetivo intervir na atividade econômica é o mesmo das empresas privadas, nos termos do art. 173, § 1º, II da CF. Igualmente, quando na condição de interventoras da atividade econômica não detêm qualquer privilégio, exceto quanto a privilégios de natureza fiscal. Não desfrutam de prazo em dobro para recorrer nem mesmo de recurso *ex officio* ou de foro privilegiado. Seus bens podem ser penhorados, salvo se afetos a prestação dos serviços públicos.

Os atos das sociedades de economia mista, se prestadoras de serviços públicos são, na sua maioria, atos administrativos, passíveis de Mandado de Segurança, quando ilegal ou abusivamente afrontarem direito líquido e certo, e lesivos aos interesses da sociedade. No mais, seus atos são regidos pelo direito privado, do mesmo modo que são regulados os atos das demais empresas do setor privado. Alguns de seus contratos são administrativos, regulando-se pela Lei Geral de Licitações. É indispensável a licitação quando a pretensão da sociedade de economia mista diz respeito a bens, obras ou serviços relacionadas com sua atividade meio.

Por sua vez, se interventoras do domínio econômico os contratos serão regulados pelo direito privado.

3.5.3 Fundação privada

A fundação privada é criada por lei autorizadora, conforme prescreve o art. 37, XIX da Constituição Federal, a qual determinará o objeto que deve ser sempre em prol do interesse da coletividade e sem fins lucrativos, mesmo que caracterize como privada. Presta serviços públicos culturais, esportivos, educacionais ou assistenciais. É uma pessoa jurídica de natureza privada vinculada a determinada área de competência que englobe sua atividade principal. A lei criadora deverá determinar sua estrutura administrativa fundamental e como serão indicados seus dirigentes, bem como o destino dos bens em caso de extinção, podendo retornar ao patrimônio público ou integrarão o patrimônio de outra fundação privada que propugna os mesmos objetivos.



Com fundamento nesta lei e mediante escritura pública a Administração cria a fundação privada, ao que demanda anuência do Ministério Público.

Ao que preleciona Diogenes Gasparini⁵², para essa criação é “*necessário anuência prévia do Ministério Público Federal se criada pela União, do Ministério Público do Distrito Federal se instituída pelo Distrito Federal e do Ministério Público estadual se criada pelos Estados e Municípios*”.

Após ser instituída deverá ser promovido registros e inscrições para que possa funcionar. Sua extinção depende de prévia lei autorizadora, desconstitui-se por escritura pública e desfaz os registros depois de cumprir todas as suas obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais.

O patrimônio da fundação privada é particular, esse patrimônio em princípio está sujeito a alienação, oneração e penhora, nos termos e condições previstos no ato constitutivo. Todavia, considerando que alguns bens estão vinculados a prestação dos serviços, e assim seguindo o princípio da continuidade do serviço público, seriam indisponíveis, dessa forma apenas os bens não vinculados a prestação dos serviços públicos podem ser alienados, onerados ou penhorados.

A fundação, mesmo que privada, fica isenta ao pagamento de impostos relativos ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes, salvo se, cobrar tarifas ou preços pelos serviços que presta. Tal imunidade não alcança taxas e contribuições.

Pelo fato de uma fundação privada ser criada pela Administração Pública, é por ela controlada e tutelada, e ainda fica sujeita a fiscalização pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público. A estrutura organizacional de uma fundação privada condiz com a da Administração Pública sua criadora. Seus órgãos se escalonam hierarquicamente.

Além disso, são órgãos de execução, de deliberação e consulta. Essa estrutura é fixada pela lei autorizadora, seus servidores ocuparem empregos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, mediante concurso público de provas ou provas e títulos, suas pendências estarão sob a tutela da justiça trabalhista.

A entidade criadora da fundação privada não responde por ela, fica sendo responsável objetivamente (art. 37, § 6º), quando prestadora de serviços e subjetivamente por seus atos e obrigações.

3.6 Desestatização e privatização

⁵² 2012, pág. 518.



Nos jornais e noticiários os termos privatização e desestatização são tratados “empiricamente” e equivocadamente como sinônimos, de forma totalmente desvinculada do conceito, da natureza jurídica e da modelagem que cabe a cada um deles. Comumente, recebem os mais diversos contornos, se afastando muitas vezes de sua essência e real significado, razão pela qual o presente trabalho dedica um tópico específico para esclarecer e consolidar a compreensão acerca do tema. Assim, há que focalizar definições básicas concernentes à delegação.

O primeiro grande passo para mudar o desenho do Estado como prestador de serviços foi o Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei 8.031/90, revogada pela Lei 9.941/97, que manteve as linhas básicas do Programa. Importa estudar os objetivos fundamentais do Programa que merecem relevo “*reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público*” (art. 1º, I), mostrando que a busca desse objetivo acarretará, por via de consequência, a redução da dívida pública (art. 1º, II) e a concentração da Administração Pública em atividades nas quais seja fundamental a presença do Estado em vista das prioridades nacionais (art. 1º, V). Agindo assim será possível “*permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada*” (art. 1º, III) propiciando o fortalecimento do mercado de capitais pela oferta de valores mobiliários (art. 1º, VI) e a reestruturação do setor privado para aumentar sua competitividade e modernizar sua infraestrutura (art. 1º, IV)⁵³.

Constitui objeto sobre o qual pode incidir o Programa, podendo submeter-se a desestatização:

Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:

I - empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo;

II - empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União;

III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização;

IV - instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

V - bens móveis e imóveis da União.

A Lei que rege o Programa Nacional de Desestatização, não define e tampouco menciona a expressão privatização, entretanto, a doutrina discorre pontualmente sobre seus significados. Nas lições de Carlos Pinto Coelho Motta⁵⁴ “*De um modo geral, entendemos cabível definir a ação de privatização como a transferência ou alienação para a iniciativa privada, não apenas da execução de um serviço ou obra pública, mas da própria empresa estatal que o executa, ou de seu controle*

⁵³ CARVALHO FILHO, 2015, pág. 360.

⁵⁴ 2011. Pág. 26.



acionário. O conceito mais estrito de privatização tem a ver com a propriedade da empresa ou seu controle deliberativo”.

Por sua vez, desestatizar, segundo o § 1º do art. 2º da Lei 9.491/97 é um termo que compreende as seguintes ações:

- a) A alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administrados da sociedade;
- b) A transferência, para a iniciativa privada da execução dos serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladoras, bem como daqueles de sua responsabilidade;
- c) A transferência ou outorga de direitos sobre móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

Como se vê, a desestatização será viabilizada por várias modalidades operacionais, entre as quais a concessão, a permissão e a autorização de serviços públicos, o art. 4º da Lei 9.491/97 define as formas operacionais da desestatização:

Art. 4º As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;

II - abertura de capital;

III - aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;

V - dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos;

VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

VII - aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.

§ 1º A transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida.

§ 2º Na hipótese de dissolução, caberá ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão acompanhar e tomar as medidas cabíveis à efetivação da liquidação da empresa.

§ 3º Nas desestatizações executadas mediante as modalidades operacionais previstas nos incisos I, IV, V, VI e VII deste artigo, a licitação poderá ser realizada na modalidade de leilão.

De acordo com a concepção legal a desestatização é gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas. “É certo, portanto, que as formas clássicas de delegação (concessão, permissão, autorização) não são afeitas ao enquadramento como privatização em sentido estrito, pois não se traduzem em



transferência de propriedade. É mais adequado dizer-se que essas formas de delegação configuram desestatização”⁵⁵

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho⁵⁶

O último aspecto, mas nem por isso menos importante, é o sentido final de desestatização e de privatização. Primeiramente cabe distinguir os termos: “desestatizar” significa retirar o Estado de certo setor de atividades, ao passo que “privatizar” indica tornar algo privado, converter algo em privado. Anteriormente, a Lei n.º 8.031/1990 usava o termo “privatização”, mas a nova ideia proveniente do vocábulo acabou gerando interpretação desconforme ao preceito legal, entendendo algumas pessoas que significaria privatizar atividades, o que não seria verdadeiro, visto que muitas das atividades do programa continuariam e continuam a caracterizar-se como serviços públicos; a privatização, assim, não seria da atividade ou serviço, mas sim do executor da atividade ou serviço.

Dessa forma, que fique claro, a concessão tradicional (comum) e a permissão constituem formas de desestatização, por delegação de serviço público e obras públicas, e não está inserida no conceito de privatização. Frise-se não há venda de patrimônio público, mas tão somente transferência, por prazo determinado, da execução dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

No que se refere aos serviços públicos, deve ressaltar-se que o Estado não **deixou de ser o titular, transferindo somente a execução em si dos serviços públicos.**

4 MODELAGEM JURÍDICA PROPOSTA

Com segurança jurídica podemos estabelecer algumas premissas que conduzem à adequada modelagem jurídica e arranjo institucional, assegurando a viabilidade das alternativas técnicas, econômico-financeiras, conforme volume 1 (estudos técnicos, diagnósticos e prognósticos) e volume 2 (estudos econômicos de viabilidade econômica e financeira), em prol da efetividade das políticas públicas setoriais relativas ao saneamento básico, nas vertentes abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como na prestação regular dos serviços públicos adequados.

No caso, as políticas públicas municipais de saneamento básico, inicialmente estabelecidas no Plano Diretor de Saneamento Básico em 2010, foram objeto de revisão em 2014, sendo reiterada a maioria das alternativas, o que evidencia que não foram executadas e/ou implementadas pelo Poder Público no primeiro quadriênio do PMSB.

⁵⁵ MOTTA, 2011, pág. 29.

⁵⁶ 2015, pág. 361.



Os problemas foram, desde sempre, ressaltados e agravados ao longo dos anos, tendo em vista os sinais acerca das dificuldades com a execução dos serviços, tendo-se considerado e disciplinado eventual “concessão da execução dos serviços públicos”.

Posteriormente, em 2014, o Poder Executivo trouxe nas razões do projeto de lei sinais de um colapso no sistema de abastecimento de água, impondo vários comandos normativos de conduta e providências a serem adotadas, para sanar os graves problemas, entre eles a inadequada captação e exploração de água e os elevados índices de perdas d'água.

Em que pese o esforço empreendido pelo Município de Orlandia na execução direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o fato é que os objetivos e interesse público encontram-se amplamente insatisfeitos, caracterizados por uma gestão distante do planejamento e dos preceitos legais, impactando na impreterível continuidade, regularidade e essencialidade dos serviços públicos.

Evidenciamos “falhas” no âmbito do planejamento, as propostas e alternativas apresentadas e chanceladas pelo Município não condizem com a sua capacidade operacional, ao passo que não foram cumpridas. A Constituição Federal consigna que o planejamento é determinante para o Poder Público, de outro lado, no caso infere-se um planejamento inadequado ou insatisfeito, o que equivale a ausência do mesmo e conduz a uma postura inconstitucional do ente federado, no caso o Município.

No que diz respeito a execução dos serviços, importante a consideração lançada por Carvalho Filho⁵⁷ “*O Estado, depois de abraçar, por vários anos, a execução de muitas atividades empresariais e serviços públicos, com os quais sempre teve gastos infundáveis e pouca eficiência quanto aos resultados, resolveu imprimir nova estratégia governamental: seus afastamento e a transferência das atividades e serviços para sociedades e grupos empresariais*”.

Assim, desde muito tempo que, com o processo de desestatização, se evidenciou a ineficiência do Estado na execução direta dos serviços públicos, bem assim, que se intensificou o processo delegação em que o Estado transfere à execução a iniciativa privada perseguindo investimentos, aprimoramento e desenvolvimento tecnológico, sobretudo a eficiência dos serviços públicos. Isso decorre do processo de desenvolvimento do Estado e o seu reposicionamento superando o Estado Provedor para o Estado Regulador.

Dessa forma, considerando as competências outorgadas aos Municípios de organizar e tendo a prerrogativa de delegar a execução dos mesmos, considerando as dificuldades e os problemas enfrentados pelo Município de Orlandia com a execução direta, apresentamos em

⁵⁷ 2015, pág. 362.



convergência com a legislação municipal à concessão comum, ao que passaremos a algumas balizas e diretrizes acerca da modelagem proposta.

Considerando a necessidade de proposição de alternativas técnicas e a demonstração da viabilidade econômico-financeira dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, considerando, sobretudo, as conclusões obtidas nos estudos respectivos, inclusive com a proposta de revisão do Plano Municipal de Saneamento Básico em prol das diretrizes nacionais e municipais de saneamento, a presente avaliação propõe uma nova modalidade para levar a efeito a execução e prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município de Orlandia, resguardando ao poder público a titularidade, controle e fiscalização.

Nesse sentido: ***Nos serviços públicos executados por concessão, é dever do Poder Público exigir do prestador que vencer na licitação o oferecimento de serviços com parâmetro quantitativos e qualitativos adequados pelo tempo estipulado no contrato***⁵⁸

No caso, conforme já adiantado no tópico correspondente à concessão comum, será o modalidade juridicamente mais adequada ao caso, pelos seguintes pressupostos: os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário demandam elevados investimentos, considerável capacidade financeira, de gestão e técnica.

Nesta modalidade, os investimentos serão amortizados pelo pagamento das tarifas por parte dos usuários, observando uma justa política tarifária, conforme balizas obtidas nos demais volumes integrantes deste estudo.

Por sua vez, o concessionário deverá utilizar toda sua *expertise* para viabilizar a execução e/ou prestação dos serviços de forma adequada, regular, contínua, eficiente, segura, com atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade tarifaria, sob pena de penalidades e extinção da concessão.

No caso, a delegação deve ser em regime de exclusividade considerando os investimentos a serem implementados na execução dos serviços, com a reversão em favor do poder concedente, conforme plano de amortização dos investimentos.

A modelagem proposta garante segurança jurídica aos usuários, bem como ao Poder Concedente, este que poderá intervir na execução do contrato, bem como extinguir a concessão mediante a ocorrência das hipóteses legais e sem prejuízo das penalidades previstas no edital e contrato.

⁵⁸ NOHARA, Irene Patrícia. 2015, pág. 501.



Considerando a autorização legislativa contida na Lei Complementar Municipal n.º 25 de 08 de fevereiro de 2017, o Poder Público está autorizado a deflagrar o processo licitatório para delegar a execução dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

De acordo com as diretrizes gerais da lei, o julgamento da licitação deverá combinar dois critérios de menor valor da tarifa e da maior oferta quanto ao pagamento de outorga (§ 5º do art. 1º), Assim, por aplicação analógica do preceito com a Lei 8.987/95 (art. 15), dentre os critérios previstos, a combinação será ou menor tarifa ou maior oferta na outorga combinado com a melhor técnica,.

A tarifa predefinida pelo poder público traz mais segurança jurídica aos usuários, que nas fases de consulta e audiência pública - do edital e minuta do contrato - sabem de antemão a estrutura tarifária a ser adotada, a par de tomarem conhecimento dos investimentos e melhorias consideradas. Por outro lado, a pré-definição tarifária obsta a que potenciais concorrentes/concessionárias “mergulhem” em tarifas insustentáveis e inviabilizadoras de uma delegação promissora, vindo a frustrar os objetivos do contrato.

Dessa forma, o estudo sugere a adoção de pagamento de outorga em favor do poder concedente. O pagamento de outorga está reconhecido e positivado no ordenamento jurídico, inquestionável a possibilidade jurídica de pagar em favor do poder concedente valor pela outorga, ao que trata-se de uma forma legítima de aquisição de receita pública. Ainda, o argumento de privar o Estado dessa receita não se justifica em face das inúmeras formas de controle e fiscalização e punição existentes e eficazes para coibir o mau uso dos recursos públicos.

Em que pese os críticos desse instituto considerar que o mesmo onera as tarifas, tal assertiva deve ser recebida com temperamento, primeiro porque neste caso seleciona empresas com saúde financeira e excelência técnica, ou seja, obsta o interesse de “aventureiras”, porque o desafio e a *expertise* para executar com eficiência os serviços públicos se destaca como base de sustentabilidade do contrato público de concessão dos serviços públicos.

Ademais, não seria a única receita em favor do poder público, deve o olhar ser sobre o retorno público em benefício de outras necessidades básicas da coletividade. O raciocínio é o mesmo com os tributos desvinculados, cumprindo ao chefe do poder executivo, ora concedente, fazer bom uso do dinheiro público, retornando de forma eficiente à coletividade.

A definição da estrutura tarifária deve ser estabelecida no edital, em prol da transparência na fase de consulta pública, tomando conhecimento a população de tarifa a ser fixada na nova sistemática, convalidando a mutabilidade do regime de execução dos serviços públicos.



Dessa forma, este estudo sugere como critério de julgamento da licitação a combinação maior oferta pela outorga com a melhor técnica, com parâmetros objetivamente definidos no Edital.

No que tange à Regulação dos Serviços Públicos, existe a possibilidade do Município estabelecer consórcio com Agências Reguladoras que atuam neste segmento. Todavia, esta proposta encontra óbices na Política Municipal de Saneamento Básico – Lei n.º 3.762/2010 - que prevê expressamente a criação de uma agência reguladora em âmbito municipal, ao que entendemos dever prevalecer no caso.

Face a tudo o quanto analisado, avaliado, exposto e constante nos diversos materiais relativos a este estudo, fica sugerida a delegação da execução e prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Orlandia na modalidade de Concessão Comum, com fulcro na Lei 8.987/95.

ANEXOS

Em tempo, visando contribuir com a Municipalidade, sem prejuízo de eventuais adequações e/ou esclarecimentos solicitados no presente apresentamos os seguintes anexos:

Anexo A – Minuta de Edital;

Anexo B – Minuta de Contrato;

Anexo C – Minuta de Criação de Agência Reguladora;

Anexo D - Minuta de Criação de Agência Reguladora.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos**: Novas tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.



BRASIL. Decreto nº 2.487, de 02 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a qualificação de autarquias e fundações como Agências Executivas, estabelece critérios e procedimentos para a elaboração, acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão e dos planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das entidades qualificadas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 fev. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2487.htm>. Acesso em 30 de maio de 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 fev. 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 24 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em 17 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 30 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 23 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 fev. 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 11 de maio de 2017.

BRASIL, Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 set. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em 18 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de



1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jan. 2007. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em 16 de maio de 2017.

BRASIL. Lei 12.007, de 29 de julho de 2009. Dispõe sobre a emissão de declaração de quitação anual de débitos pelas pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos ou privados. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jul. 2009. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112007.htm>. Acesso em 05 de junho de 2017.

BUARQUE, S. C. **Metodologia de planejamento do desenvolvimento local e municipal sustentável**. Brasília: MEPF; INCRA; IICA, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

COUTINHO, Diogo R., **O Direito nas políticas públicas**. Artigo publicado em Política Pública como Campo Disciplinar. São Paulo: Unesp, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. [S.l.]: Malheiros, 2013.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.



OLIVEIRA, Carlos Roberto de; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (Org.). **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essencial Idea, 2016.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. Desafios do planejamento em políticas públicas: diferentes visões e práticas. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 40, n.2, p. 273-288. Mar./Abr. 2006.

ORLÂNDIA (SP). Decreto nº 4027, de 05 de abril de 2011. Disciplina a prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário pela DAE – Divisão de Água e Esgoto da Prefeitura Municipal de Orlandia, seu sistema tarifário e dá outras providências. **Diário Oficial do Município**, Orlandia, 28 set. 2011. Disponível em <<http://www.digitechsystemas.com.br/orlandiadecretos/default.aspx>>. Acesso em 10 de maio de 2017.

ORLÂNDIA (SP). Decreto nº 4.475, de 26 de agosto de 2015. Fixa os preços públicos dos serviços de saneamento básico prestados pela Divisão de Água e Esgoto – DAE, da Prefeitura Municipal de Orlandia, e dá outras providências. **Diário Oficial do Município**, Orlandia, 26 ago. 2015. Disponível em <<http://www.digitechsystemas.com.br/orlandiadecretos/default.aspx>>. Acesso em 16 de maio de 2017.

ORLÂNDIA (SP). Lei complementar nº 25, de 08 de fevereiro de 2017. Autoriza o Poder Executivo a fazer a concessão da prestação do serviço público de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. **Diário Oficial do Município**, Orlandia, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em < <http://www.orlandia.sp.gov.br/novo/wp-content/uploads/2017/02/Jornal-Oficial-Orl%C3%A2ndia-09-02-2017-Edi%C3%A7%C3%A3o-Extraordin%C3%A1ria.pdf>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

ORLÂNDIA (SP). Lei Complementar nº 3.762, de 28 de setembro de 2010. Dispõe sobre a Política Municipal e o Sistema Municipal de Saneamento Básico, as diretrizes para o Plano Municipal de Saneamento Básico e dá outras providências. **Diário Oficial do Município**, Orlandia, 28 set. 2010. Disponível em <<http://www.digitechsystemas.com.br/orlandialeis/default.aspx>>. Acesso em 27 de abril de 2017.

ORLÂNDIA (SP). Lei nº 4.010, de 11 de dezembro de 2014. Aprova o Plano Municipal de Saneamento Básico, dispõe sobre a exploração dos recursos hídricos no Município de Orlandia e



dá outras providências. **Diário Oficial do Município**, Orlandia, 11 dez. 2014. Disponível em <<http://www.digitechsystemas.com.br/orlandialeis/default.aspx>>. Acesso em 06 de junho de 2017.

ORLÂNDIA (SP). Lei nº 3.798, de 10 de março de 2011. Dispõe sobre a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de coleta de esgotamento sanitário pela DAE – Divisão de Água e Esgoto da Prefeitura Municipal de Orlandia e dá outras providências. **Diário Oficial do Município**, Orlandia, 10 mar. 2011. Disponível em <<http://www.digitechsystemas.com.br/orlandialeis/default.aspx>>. Acesso em 24 de maio de 2017.

PHILIPPI JR, Arlindo et al. (Org). **Regulação do saneamento básico**. [S.l.]: Manole, 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar et al. **Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil: diagnóstico do modelos brasileiro e propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: IFC, 2015.

SÃO PAULO (SP). Lei nº 7.835, de 08 de maio de 1992. Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, 08 maio. 1992. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7835-08.05.1992.html>>. Acesso em 02 de maio de 2017.

SILVA, Geraldo José Guimarães da; GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Direito bancário e temas afins**. Campinas/SP: CS Edições, 2003.

SILVA, Hilda Maia Gonçalves. **Planejamento das Políticas Públicas: curso mestrado profissional**, 30 de set. 2016, f. notas de Aula. UNESP, Franca – SP.

