

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA LEI Nº 11.445/07

Camila Antunes Notaro¹

RESUMO: O saneamento básico, serviço público essencial às condições de vida digna, deve ser prestado de forma a atender a todos os cidadãos, cabendo ao Estado implementar políticas públicas que garantam a efetividade desse serviço. Considerando-se os grandes investimentos que o setor sanitário requer, a delegação de sua prestação a entidades não integrantes da Administração é um importante instrumento para a eficiência do serviço prestado. Nesse panorama, de acordo com as diretrizes instituídas pela Lei nº 11.445/07, encontram-se as Agências Reguladoras, responsáveis pela regulação e fiscalização do serviço concedido. O presente trabalho visa identificar os pontos mais relevantes da atuação dessas entidades, bem como seu papel na universalização do direito ao saneamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Saneamento; Regulação.

ÁREAS: Direito Administrativo e Direito Constitucional

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, foram traçadas importantes diretrizes nacionais para o setor de saneamento básico, que carecia de uma normatização que viesse a efetivar e sistematizar a prestação de tal serviço.

Dentre tais diretrizes, destaca-se a possibilidade de delegação desses serviços com a consequente indicação do ente regulador, que será responsável pela edição de normas técnicas, econômicas e sociais, referentes à prestação dos serviços.

Nesse sentido, é importante verificar o papel que as Agências Reguladoras desempenham nesse setor e como se dá a atuação dessas dentro dos novos parâmetros do setor sanitário instituído pela legislação regente.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO E A TITULARIDADE DO SERVIÇO

O artigo 3º do mencionado diploma legal previu o que vem a ser "saneamento básico", definindo-o como um conjunto de serviços referentes ao abastecimento de água potável, ao esgotamento sanitário, à limpeza urbana, ao manejo de resíduos sólidos, à drenagem e ao manejo das águas pluviais.

É notória a relação direta entre o saneamento e as condições de vida digna, na medida em que garantem a manutenção da dignidade da pessoa humana:

É evidente o vínculo indissociável entre saneamento básico e direitos fundamentais. Os direitos

fundamentais se traduzem na atribuição a todo e qualquer indivíduo de condições de sobrevivência como "sujeito" (e não como "objeto") da vida. Isso envolve o fornecimento de utilidades materiais e imateriais que assegurem a existência saudável e a proteção contra os fatores nocivos do meio-ambiente circundante, de modo a propiciar o desenvolvimento de todas as potencialidades individuais e coletivas. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 17)

O direito ao saneamento básico é, portanto, direito fundamental de cada brasileiro, sendo um dever do Estado a implementação de políticas públicas que visem à sua efetivação. Dentro de uma concepção ativa do Estado Democrático de Direito, este não deve apenas deixar de promover atos lesivos aos direitos individuais, devendo atuar de forma que se eliminem os obstáculos à plenitude da vida humana.

Marçal Justen Filho (2005, p.19), citando o pensamento de Eberhard Schmidt-Assmann, observa que "junto à proibição de excesso – própria da dimensão defensiva dos direitos fundamentais – pode-se falar hoje também da proibição de omissão, que resulta da vertente protetora dos mesmos direitos".

Sendo, pois, um dever estatal, cabe, ainda que de maneira breve, destacar a discussão quanto à titularidade desses serviços, o que nos dizeres de Toshio Mukai (2007, p.37), "foi o assunto responsável pelas idas e vindas do projeto de lei, tendo em vista divergências quanto à titularidade dos serviços de saneamento básico, em especial, em nível metropolitano".

A Constituição da República de 1988, ao tratar da repartição

de competências dos Entes Federativos, conferiu à União, nos termos do artigo 20, inciso XX, competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

A propósito, o Professor Luiz Roberto Barroso aduz competente explicação:

A União, portanto, poderá fixar parâmetros nacionais no que diz respeito à prestação do saneamento, como, e.g., da qualidade ou técnicos, de modo inclusive a inserir o saneamento na política nacional de gerenciamento dos recursos hídricos. Não custa lembrar que "instituir diretrizes" não autoriza a União a exaurir o tema, de modo a esvaziar a autonomia dos entes federativos competentes para prestar o serviço. (BARROSO, 2002, p.220)

Aos Municípios foi atribuída a faculdade jurídica para legislar sobre assuntos de interesse local, conforme disposto no artigo 30, inciso I, da Constituição da República de 1988. No que tange à competência material dos Municípios, compete-lhes, de acordo com a Carta Magna:

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.

(...)De acordo com Toshio Mukai (2007, p. 38) "os serviços de distribuição de água domiciliar e os de esgotamento sanitário, sem dúvida nenhuma, são de peculiar interesse local e, portanto, sua titularidade pertence ao Município".

Assim, em que pese o marco regulatório do saneamento básico (Lei 11.445/07) não dispor expressamente sobre o assunto, conclui-se pela regionalização do serviço.

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SANEAMENTO BÁSICO

O modelo de Estado Regulador surge com a derrocada do modelo providencialista. O Estado de Bem-Estar ou Estado Providência gerou benefícios que implicaram o aumento exacerbado da população, sem o respectivo aumento dos recursos estatais. Esse fenômeno gerou uma situação de inviabilidade econômico-financeira do modelo, ocasionando, por sua vez, a redução da eficiência das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado:

A elevação dos passivos governamentais, prove-

nientes de sucessivos prejuízos orçamentários, reduziu a capacidade estatal de executar satisfatoriamente os encargos que assumira. A manutenção dos projetos de satisfação do interesse coletivo demandava a existência de recursos de que o Estado não mais dispunha. Além disso, as dívidas foram se acumulando de modo a impedir até mesmo o custeio de despesas essenciais (JUSTEN FILHO, 2002, p.19).

Como se vê, a crise fiscal do Estado de Bem-Estar conduziu à diminuição da intervenção direta estatal no domínio econômico. Passou-se a um novo modelo de atuação estatal, caracterizado pelo predomínio das funções regulatórias, que disciplina tanto a atuação dos particulares como o setor dos serviços públicos:

A atividade de regulação estatal envolve - dentro das balizas acima divisadas - funções muito mais amplas que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com a abrangência meramente setorial). A regulação estatal envolve, como veremos mais adiante, atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central. (MARQUES NETO, 2005, pp.36-37.)

A regulação, como bem explica Carlos Ari Sundfeld (2002, p.23), "é a característica de um determinado modelo econômico, no qual o Estado não assume efetivamente o exercício de uma certa atividade econômica, mas sim, intervém nesta atividade, utilizando-se para tanto de instrumentos de autoridade".

A Lei nº 11.445/07 trata da regulação em vários artigos. O primeiro a dispor nesse sentido é o artigo 8º, que preceitua que os titulares dos serviços públicos de saneamento poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação dos serviços.

A delegação é a forma básica pela qual o Estado processa a descentralização. Essa "consiste no fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração". (CARVALHO FILHO, 2007, p.305).

A delegação, por sua vez, pode ocorrer de duas formas: delegação legal e delegação negocial. De acordo com os ensinamen-

tos de José dos Santos Carvalho Filho (2007), na delegação legal o processo de descentralização é formalizado por meio de lei, que ao mesmo tempo em que admite a descentralização, autoriza a criação de pessoa administrativa para executar o serviço. Já na delegação negocial o serviço é transferido para particulares, sob as formas de concessão ou permissão.

A Lei nº 11.445/07, em seu artigo 10, preceitua que a prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular, ou seja, hipótese de delegação negocial, depende da celebração de contrato.

Sendo o saneamento básico atividade que demanda grandes investimentos em infraestrutura, não se afigura viável, geralmente, sua assunção pelo Estado. Com efeito, como o Ente competente para prestar os serviços de saneamento básico é o Município, vê-se que a capacidade de investimentos deste é muito pequena face ao alto custo dos investimentos no setor, principalmente no tocante à água e esgoto:

Nesse contexto surge a necessidade do Estado delegar o exercício da atividade de saneamento básico a outras entidades, sejam elas privadas ou empresas estatais ligadas a outros entes federativos. Essa delegação, porém, não prescinde de uma intervenção regulatória por parte do titular do serviço público de saneamento básico, o que por si só impôs as disposições legais que ora se analisa (TOSHIRO MUKAI, 2007, p.59).

O artigo 11, por sua vez, estabelece condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

Art.11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV - a realização prévia de audiência e de consulta

públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

Como se vê, é requisito da delegação do serviço de saneamento básico à entidade não integrante da Administração, a designação da entidade de regulação e de fiscalização.

Apesar da Lei nº 11.445/07 não mencionar expressamente, essa regulação é feita por uma Agência Reguladora, que de acordo com Carvalho Filho (2007, p.422) "nada mais é que uma autarquia sob regime especial". Esse regime especial se caracteriza pela existência de certas prerrogativas, quais sejam: poder normativo técnico, autonomia decisória, independência administrativa e autonomia econômico-financeira.

O poder normativo técnico significa que essas autarquias recebem das respectivas leis, competência para a edição de normas técnicas, inerentes ao exercício da atividade regulada. Nesse sentido, o diploma legal em comento estabeleceu, em seu artigo 23, os pontos que necessariamente tal normatização deverá ter, *in verbis*:

Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:

I - padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços;

II - requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas;

III - as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos;

IV - regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão;

V - medição, faturamento e cobrança de serviços;

VI - monitoramento dos custos;

VII - avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados;

VIII - plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação;

IX - subsídios tarifários e não tarifários;

X - padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação;

XI - medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento;

XII - (VETADO).

§1º A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

§2º As normas a que se refere o caput deste artigo fixarão prazo para os prestadores de serviços comunicarem aos usuários as providências adotadas em face de queixas ou de reclamações relativas aos serviços.

§3º As entidades fiscalizadoras deverão receber e se manifestar conclusivamente sobre as reclamações que, a juízo do interessado, não tenham sido suficientemente atendidas pelos prestadores dos serviços.

Os pontos elencados pelos incisos do mencionado artigo se fazem necessários para a efetivação da atividade regulatória sob pena de que, sem tais aspectos básicos, o exercício da atividade ocorra de forma insatisfatória.

Destaque-se, dentre os aspectos elencados pelo supracitado artigo, os mecanismos de participação popular. É o que o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 45) chama de "administração pública consensual", que adquire seu verdadeiro sentido no contexto da transferência da execução de atividades estatais a entes da sociedade.

Ao analisar os processos regulatórios, Gustavo Binbenojm leciona que:

O fomento à participação dos cidadãos em procedimentos administrativos – e, notadamente, nos processos regulatórios – tem sido uma das tentativas de recuperação do lastro de legitimidade da atuação da Administração Pública. Com efeito, à translação dos centros decisórios do Estado (do centro para a periferia) deve corresponder uma efetiva translação dos mecanismos de participação popular. Neste sentido, a governança por autoridades administrativas independentes, desafia a teoria democrática à revisão de parte dos seus instrumentos e ao desenvolvimento de novos modelos teóricos de autogoverno coletivo. (BINENBOJM, 2006, p. 289-299).

Como se vê, os mecanismos de participação popular que deverão ser adotados pelas Agências tais como, audiências públi-

cas e consultas públicas, prestam-se a tornar mais transparente a atuação destas, na medida em que efetivam os interesses dos usuários do serviço público de saneamento.

Por sua vez, a autonomia decisória significa que os conflitos administrativos serão solucionados por meio dos próprios órgãos da autarquia, sem que haja a possibilidade de eventual recurso dirigido a autoridades da pessoa federativa a qual se vincula a Agência.

No que tange à autonomia administrativa, essa consiste no fato de que os dirigentes das Agências são investidos por tempo certo. Explicitando o pensamento de CARVALHO FILHO (2007, p. 426) "são nomeados para prazo determinado fixado na lei, não ficando a mercê de critério político do Ministério supervisor, nem da usual e condenável prática da descontinuidade administrativa, tão prejudicial às metas que as instituições buscam alcançar". Como menciona SUNDFELD (2002, p.24), "na verdade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes".

Por fim, a autonomia econômico-financeira demonstra que essas autarquias recebem dotações orçamentárias e possuem recursos próprios.

A lei nacional do saneamento básico elencou as autonomias decisória, administrativa e financeira como princípios da regulação, em seu artigo 21, como se observa:

Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:

I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;

II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

O primeiro princípio liga-se a ideia de que a função regulatória deve ser independente de ingerências por parte dos Poderes do Estado, especialmente do Executivo, garantindo-se assim que as decisões e fiscalizações perpetradas pela Agência Reguladora tenham caráter estritamente técnico, coadunando-se com o segundo princípio expresso no diploma legal.

Cabe ressaltar que a Lei Nacional do Saneamento Básico previu que a regulação também poderá ser exercida, além dos entes reguladores, por consórcios públicos ou convênios de cooperação entre entes da Federação, como preceitua o artigo 15, ao dispor:

Art. 15. Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas:

I - por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas

competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal;

II - por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

Parágrafo único. No exercício das atividades de planejamento dos serviços a que se refere o caput deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores.

Como bem leciona Aguirre de Castro (2009, p.281) "neste aspecto a Lei faz menção expressa e nova referência a delegação das atividades de regulação e fiscalização através de consórcios públicos ou convênios de cooperação entre entes da Federação e, portanto, induz sua real intenção para a regulação do setor".

Cabe ressaltar que, apesar de toda a autonomia de que gozam as Agências Reguladoras, isso não as torna imunes ao controle de suas atuações. Na lição de Justen Filho (2002, p.584) "A concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação".

Nesse sentido, temos o controle pelo Poder Judiciário, o controle popular, o controle parlamentar, o controle pelo Ministério Público e o controle pelo Tribunal de Contas, sendo ferramentas necessárias ao bom desempenho atividade regulatória conferida às Agências.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O serviço público de saneamento básico, atividade ligada ao mínimo existencial, deve ser prestado de forma efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. Considerando-se os grandes investimentos que o setor demanda, e que os municípios brasileiros, em sua grande maioria, não dispõem de recursos suficientes para prestar esses serviços, faz-se necessária sua delegação a particulares.

Para tanto, a Lei n° 11.445/07 prevê a definição de um ente regulador e fiscalizador, papel que, no cenário brasileiro contemporâneo, tem sido feito pelas Agências Reguladoras. Observe-se que não é obrigatória a instituição de uma Agência a regular o serviço de saneamento de todos os municípios, mas, apenas daqueles em que sua prestação não se der de forma direta, ou seja, quando houver concessão ou permissão do serviço de saneamento.

As Agências, por sua vez, surgidas no contexto do Estado Regulador, contam com grande autonomia, o que lhes legitima, dentre outros, poderes decisórios e normativos, necessários ao

cumprimento do papel que lhes atribui a Lei do Saneamento.

Para que prestem seus serviços de forma eficiente, a mencionada legislação preocupou-se em estabelecer requisitos para sua atuação, como padrões mínimos de qualidade, avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados e mecanismos de participação popular.

A essas entidades, especificamente no tocante ao setor de saneamento, não compete apenas regular o serviço concedido, devendo utilizar-se desses instrumentos regulatórios para efetivar a universalização do acesso ao serviço de saneamento, princípio vetor da legislação analisada.

Assim, apesar de toda independência de que dispõem, devem atentar no exercício de suas atividades para a realização dos interesses não somente do Estado ou das concessionárias de serviços públicos, mas, também para o interesse de seus usuários, que são, em última instância, os beneficiários de sua existência.

5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.13, abr/maio 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 6 maio 2012.

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

BRASIL. Lei n° 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n. 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, DF, 08 jan. 2007. p.018055.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. Regulação dos Serviços de Saneamento Básico e a Lei n° 11.445/07. In: Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei n° 11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Parecer sobre a minuta de anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico para o Ministério das Cidades. Revista Jurídica, v. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVL_03/revista/Rev_72/Pareceres/saneamento_complementar_MarçalJustenFilho_1.pdf>. Acesso em: 6 maio 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras Independentes.

tes: fundamentos e seu Regime Jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOSHIO MUKAI. Do exercício da titularidade. In: Saneamento básico: diretrizes gerais. Comentários à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

(Endnotes)

1 Mestre em Estudos de Linguagens pelo Centro Federal de Educação Tecnológica - CEFET/MG. Procuradora - Chefe da Agência Reguladora dos Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais. Professora de Direito Constitucional I do Centro Universitário Newton Paiva.