

ANÁLISE JURÍDICA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Alexandre Mota Brandão de Araújo

A JURIDICAL ANALYSIS OF BASIC SANITATION IN BRAZIL

RESUMO

Cuida-se de artigo cujo objetivo é o estudo analítico das principais regras que disciplinam o saneamento básico no Brasil. A análise é realizada por meio de abordagem constitucional, legal e infralegal. São tecidas considerações sobre o modo de melhor implementar essa política pública tão cara à sociedade. Destaca-se a necessidade de observância da Lei 11.445/2007 na elaboração dos contratos de concessão do serviço de saneamento básico, sobretudo com a inclusão, nas avenças, do Plano de Saneamento Básico e a comprovação da viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços. Além disso, defende-se a transparência absoluta das informações relativas à prestação do serviço, a criação, em todos os casos, de um órgão regulador e a cobrança da tarifa apenas quando o serviço for integralmente prestado. A propósito, critica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ que autoriza a cobrança da tarifa, mesmo quando o serviço de tratamento dos resíduos não é realizado, apenas a coleta. Isso, porque tal orientação estimula a manutenção do *status quo*, em que não se verifica a existência de investimentos e de serviços adequados de tratamento dos resíduos, com inegáveis efeitos deletérios à saúde humana e ao meio ambiente.

» **PALAVRAS-CHAVE:** ANÁLISE JURÍDICA. SANEAMENTO BÁSICO. LEI 11.455/2007. REGULAÇÃO E CONTRATOS. POLÍTICA PÚBLICA.

ABSTRACT

Constitutional and Administrative Law – A juridical analysis of basic sanitation in Brazil – This article, whose purpose is to provide an analytical study of the main rules that govern basic sanitation in Brazil. In this regard, the article consists of a constitutional, legal and sublegal approach on the subject, including considerations on how to better implement this public policy that is so crucial to society. Moreover, the article stresses the need to comply with Act 11.445/2007 through the inclusion of the Basic Sanitation Plan in these contracts, and also by ensuring the technical, economic and financial viability of the universal and full execution of these services. Besides, it supports absolute transparency of the information regarding the execution of the services as well as the creation, in all cases, of a regulatory body, and the charge of payment only when the service is fully delivered. By the same token, it criticizes previous decisions of the Brazilian Superior Court of Justice authorizing the charge of the payment, even when the management of waste is not done, but only its collection. Such decisions reinforce the maintenance of the current status, in which there are no investments nor proper services of waste management, causing undeniable and long term damage to the human health and the environment.

» **KEYWORDS:** JURIDICAL ANALYSIS. BASIC SANITATION. ACT 11.445/2007. REGULATION AND CONTRACTS. POLICY.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se assistido ao clamor popular crescente em torno da prestação de serviços públicos de qualidade. Esse discurso encontra fundamento em uma realidade de grande desigualdade social e de médio desenvolvimento humano. O Brasil, não obstante figure entre as 10 (dez) maiores economias do mundo, ocupa apenas o 77º lugar no *ranking* do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, elaborado pela Organização das Nações Unidas – ONU.

No âmbito dessas reivindicações, o saneamento básico ocupa uma das posições centrais. Todavia, a sua implementação demanda a atuação de diversos órgãos dos Estados e de diferentes níveis da Federação. Trata-se, portanto, de serviço de grande complexidade, que requer grandes investimentos.

Não por acaso, discute-se muito, em outras searas, como na Administração e na Economia, o melhor modo de se prestar o serviço de saneamento básico, encontrando-se posições intermediárias e também extremadas, como as que defendem a prestação desse serviço exclusivamente pela administração direta, com a sua universalização; ou, então, a total privatização do serviço, tendo em conta a crise financeira por que passa o Estado de Bem-Estar Social.

Há, no Brasil, legislação sobre o tema, contudo, resente-se a seara jurídica de pouca produção doutrinária a respeito. Desse modo, faz-se imprescindível a análise jurídica do tema, a fim de se contribuir com o aprimoramento dessa política pública tão importante para o desenvolvimento social.

Antes, porém, de serem analisados especificamente os contornos legais do saneamento básico no Brasil, é mister apresentar a abordagem constitucional dos diferentes regimes jurídicos a que está sujeito o Estado.

Existem, portanto, quatro possibilidades de atuação do Estado: a) intervenção direta do Estado na economia, na qual este estará sujeito às normas de direito privado; b) atuação indireta do Estado na economia, por intermédio de pessoas jurídicas integrantes da administração indireta (art. 173, §1º e §2º, da CF), que estarão submetidas ao regime de direito privado (GRAU, 2012, p. 101); c) prestação direta de serviço público, em que o Estado estará submetido ao regime de direito público; d) prestação indireta de serviço por meio de delegatários integrantes, ou não, da administração indireta.

O elemento justificador dessas diferentes posições do Estado reside no grau de importância social da atividade, na possibilidade de melhor execução em regime de monopólio estatal ou em regime de concorrência privada bem como nos custos operacionais.

Nos termos do quadro normativo fixado pela Constituição Federal – CF (art. 170, *caput* e parágrafo único), competirá aos particulares o exercício, em geral, da atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Aos particulares, no exercício dessa atividade, competirá o respeito aos princípios da ordem econômica, como a defesa do consumidor (art. 170, V) e a defesa do meio ambiente (art. 170, VI).

No entanto, em virtude de relevante interesse público, essa regra pode ser afastada no todo ou em parte. Nos termos do art. 173 da Constituição Federal – CF, o Estado somente explorará diretamente a atividade econômica em casos excepcionais, isto é, em virtude de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (JUSTEN FILHO, 2016, p. 680). Com base em uma interpretação sistemática do art. 1º da Lei 7.170/83, pode-se concluir que o imperativo de segurança nacional apto a justificar a intervenção do Estado no domínio econômico diz respeito a questão re-

lativa à integridade territorial e à soberania nacional, como, por exemplo, a exploração de jazida de algum tipo de minério raro, imprescindível à indústria bélica.

Por outro lado, afigura-se, em geral, o interesse coletivo, quando os efeitos das relações jurídicas travadas entre o prestador do serviço público e o consumidor não se resumem apenas aos seus integrantes, atingindo também terceiros. Trata-se, em geral, de atividades que produzem muitas externalidades. A propósito, mister transcrever a lição de Salomão Filho:

O conceito de externalidade é bem conhecido. Há externalidade sempre que determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não-mensuráveis a sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica. Exemplo típico é a poluição, externalidade (negativa) causada pela produção industrial, que não atinge os produtores ou os consumidores diretos do produto fabricado (partes na relação econômica), mas, sim, os moradores de áreas próximas à indústria (terceiros). Na área social externalidades são benefícios ou malefícios causados pela relação jurídica a grupos sociais menos favorecidos ou à organização da sociedade como um todo (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 34.)

Quando o Estado não executar a atividade econômica por si, diretamente, naquelas hipóteses excepcionais, poderá exercê-la indiretamente, por intermédio de pessoas integrantes da administração indireta, como sociedades de economia mista e empresas públicas. Essas pessoas, no entanto, não gozarão de privilégios em relação aos concorrentes, por isso que “[...] não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado” (art. 173, §2º, da CF). Portanto, estarão submetidas – ao agir no mercado, em geral – às mesmas regras do setor privado. Diz-se em geral, porque haverá derrogações do regime de direito privado, em alguns casos, em relação às empresas públicas e às sociedades de economia, como a necessidade de recrutamento de seus empregados por concurso público, a necessidade de fundamentar as demissões bem assim certos regimes especiais de contratação e licitação (art. 173, §1º, III, da CF). É o que ocorre, por exemplo, em relação à PETROBRAS S.A., à Caixa Econômica Federal – CEF e ao Banco do Brasil S.A.

Contudo, quando o Estado for prestar algum tipo de serviço público à população, estará jungido ao princípio da legalidade bem como aos demais princípios expressos no art. 37, *caput*, da CF. Esses serviços gozam de tal relevância social, que o legislador constituinte optou por deixá-los no âmbito da competência estatal, a exemplo do que se verifica com a segurança pública.

Assim, quando as pessoas integrantes da administração indireta forem utilizadas para a prestação de serviços públicos, estarão igualmente submetidas a esse regime jurídico. Isso, porque, nessa hipótese, essas pessoas integrantes da administração indireta estarão agindo como *longa manus* do Estado. É o que se verifica na atuação de algumas autarquias federais, como o IBAMA, o IPHAN e o INSS.

É importante destacar, a propósito, que se transfere apenas a execução de um serviço público para pessoas integrantes da administração indireta, não a sua titularidade, pois foi a própria CF (arts. 21, 23 e 25), fruto da manifestação do Poder Constituinte originário, quem atribuiu a titularidade desses serviços aos entes políticos (União, Estados, DF e Municípios). A transferência da execução desses serviços dar-se-á sempre por lei em sentido formal.

Existe também a possibilidade de a execução de determinado serviço público ser feita por particulares – contudo, sob regime de direito público, nos termos da legislação (Lei 8.987/95) e dos contratos firmados – ou por pessoas integrantes da administração indireta. Essa transferência é realizada por meio de concessão ou de permissão pública, após a realização de procedimento licitatório (Lei 8.666/93).

Esse regramento, entretanto, não é absoluto, sendo certo que existe grande zona cinzenta que demandará acurada análise do jurista, porque, em certas hipóteses, há também a possibilidade de os particulares concorrerem com o Estado ou com alguma pessoa da administração indireta na prestação desses serviços, mas sob regimes jurídicos diversos. Haverá, portanto, em certos segmentos, um regime misto de regimes jurídicos. Assim é que, de um lado, haverá os particulares concorrendo entre si, em situação de isonomia, com o objetivo de lucro e sujeitos às regras do mercado e, de outro, o Estado ou pessoas integrantes da administração indireta, sujeitas a regras especiais, sem o objetivo de lucro. Esse fenômeno é uma decorrência de liberação de certos setores (KLEIN, 2014, p. 56).

É o que se verifica, por exemplo, no âmbito da saúde, visto que o art. 197 da CF dispõe que a saúde é dever do Estado, “[...] devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Em virtude da crise fiscal que afeta o Estado de Bem-Estar Social, tem-se assistido ao paulatino afastamento estatal da execução direta dos serviços públicos. Proporcional e concomitante a esse movimento, assiste-se tanto à delegação da execução desses serviços, mediante concessão ou permissão, a particulares ou a entes integrantes da administração indireta quanto ao incremento do papel regulatório do Estado.

O Estado, ao deixar de realizar diretamente o serviço público, delegando a sua execução a particulares por meio de concessão ou de permissão, passa à função de regulador, estabelecendo as diretrizes e as regras de execução do serviço público em questão. A propósito, convém trazer à colação o escólio de Salomão Filho:

No campo econômico, a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21.)

No caso do saneamento básico, o Constituinte Originário e o legislador ordinário entenderam por bem reservar à União o estabelecimento das normas gerais e a fiscalização do sistema, sendo certo que a titularidade da execução desse serviço – por se tratar de assunto pertinente ao interesse local – compete ao Município (art. 30, V, da CF), que poderá exercer o serviço diretamente ou mediante delegação a terceiros integrantes, ou não, da administração indireta.

Esse desenho institucional se deve ao fato de que o saneamento básico está vinculado ao direito fundamental à vida digna (art. 1º, parágrafo único, III, da CF), direito inalienável e de magnitude ímpar.

Não obstante ser o Município o titular da prestação do serviço, a competência para estabelecer as normas gerais a respeito da matéria pertence à União em decorrência do disposto no art. 20, XX, C/C art. 22, incisos IV e XXVII, da CF. (CARVALHO, 2012, p. 127). Com base nisso, foi promulgada a Lei federal 11.445/2007, que estabelece “[...] as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico”.

Nos termos dessa norma, o titular do serviço público de saneamento básico poderá delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desse serviço (art. 8º). Há, inclusive, a possibilidade de gestão associada ou a celebração de convênio entre entes federados para a consecução desse serviço público (art. 241 da CF). A propósito, confira-se o teor do art. 9º da Lei 11.455/2007:

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;
II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação.

Esse serviço público deverá ser prestado conforme uma série de princípios e determinações. Assim, a fim de tornar mais didática a análise do caso em apreço à luz da referida norma, proceder-se-á, doravante, a meticolosa fundamentação, dividida em tópicos, todos relativos ao quanto determinado pela norma.

1 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

A Lei federal 11.445/2007 estabelece uma série de princípios que irão reger a prestação do serviço de saneamento básico. Cuida-se de valores e objetivos fundamentais do sistema, por isso devem ser criteriosamente observados pelo gestor sob pena de configurar-se omissão ilegal, passível de coerção jurídica.

Com efeito, muito embora para o direito os princípios sejam enunciados dotados de certa abstração, também possuem um núcleo determinado, dotado de coercibilidade. Por isso que, para Alexy, “[...] princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2012, p. 117).

Assim, a observância desses princípios deve ser plena, isto é, não compete ao gestor aplicar apenas um ou alguns desses princípios. Isso, porque cada um dos princípios a seguir elencados diz respeito a determinada seara dessa importante política pública encampada pelo Estado brasileiro, senão vejamos:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:
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 de manejo das águas pluviais 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; [...]

Como se verifica da transcrição acima, os princípios enunciam a preocupação do Poder Público com o atendimento universal da população; a disponibilização da integralidade do serviço de saneamento básico, o que significa abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos.

Tudo isso deve ser realizado de maneira adequada à saúde da coletividade e à proteção do meio ambiente, mediante a adoção de técnicas que levem em consideração as peculiaridades locais.

A aplicação desses princípios pode sofrer algum tipo de temperamento, sobretudo em relação à sua progressiva observância no tempo, até porque se trata de mandado de otimização. Isto é, dependendo da situação fática, especialmente de ordem orçamentária, é possível que se admita uma estruturação escalonada, porém contínua, do sistema de saneamento básico.

Contudo, o que jamais será reputado legal, sob a ótica desses princípios, é a completa paralisia ou a ineficiência desse serviço público tão caro à sociedade moderna.

2 DA ESTRUTURA DO SANEAMENTO BÁSICO

Visando dar concretude à aplicação dos princípios acima elencados, o art. 3º, I, da Lei 11.445/2007, a seguir descrito, esclarece em que consiste o sistema de saneamento básico:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

- I - saneamento básico: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:
 - a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
 - b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
 - c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
 - d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas; [...]

Como se verifica, o sistema de saneamento básico abrange diversos serviços, infraestruturas e instalações operacionais, motivo pelo qual, em razão dessa complexidade, os entes políticos, como Estados e Municípios, costumam eleger mais de um órgão da administração direta ou de um ente da administração indireta para executá-lo.

Não por acaso, esses serviços ensejam a cobrança até mesmo de três taxas, como a taxa de água e esgoto, a taxa de coleta de lixo e a taxa de manejo de águas pluviais urbanas. Trata-se, portanto, de um sistema de contraprestação em que, de um lado, existem serviços para serem prestados e, de outro, taxas cobradas dos usuários.

Contudo, para que possa cobrar dos usuários, o Poder Público, ou quem lhe faça as vezes, deve contar não só com as estruturas e os serviços descritos na referida Lei, mas também atender ao quanto disposto na Portaria 2.914/2011 do Ministério da Saúde, pois, não obstante a Lei federal 11.445/2007 veicule comandos e conceitos descritivos, ainda assim carece de regulamentação em muitos pontos.

Assim, para o completo entendimento da estrutura do serviço de saneamento básico, é mister a consulta das normas infralegais. Especificamente no que diz respeito à água potável, deve-se integrar a sua interpretação com o conteúdo da aludida Portaria, porque se trata de ato regulamentar editado por órgão do Poder Público federal (art. 84, IV, da CF), com competência específica para tanto. Norma, por conseguinte, cogente, cuja inobservância caracteriza afronta ao ordenamento jurídico.

O abastecimento de água potável, por exemplo, compreende as atividades, infraestruturas e instalações “[...] desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição”, nos termos do art. 5º da Lei federal 11.445/2007. Desse comando legal infere-se, portanto, que a estrutura voltada a esse serviço deve contar, por exemplo, com Estações de Tratamento de Água – ETA’s, represas destinadas ao armazenamento de água das chuvas e hidrômetros em todas as unidades consumidoras.

A norma, porém, não é expressa em relação ao conceito de água potável, o qual, portanto, deverá ser extraído da aludida portaria: por água potável entende-se a “[...] água que atenda ao padrão de potabilidade estabelecido nesta Portaria e que não ofereça riscos à saúde” (art. 5º, II, da Portaria 2.914/11).

Por outro lado, o padrão de potabilidade consiste em:

[...] conjunto de valores permitidos como parâmetro de qualidade da água para consumo humano, conforme definido nesta Portaria”, que “[...] deve estar em conformidade com padrão microbiológico, conforme disposto no Anexo I e demais disposições desta Portaria (art. 5º, III, da Portaria nº 2.914, de 12 de dezembro de 2011.)

É importante consignar que, nos termos do art. 13, III, da Portaria 2.914/2011 do Ministério da Saúde, compete ao gestor do sistema de abastecimento a manutenção e o controle da água distribuída, nos termos da referida Portaria (art. 13, III). Além disso, compete-lhe encaminhar à autoridade de saúde pública relatórios das análises periódicas sobre o controle da qualidade da água (art. 13, V).

No que tange ao conceito de esgotamento sanitário, encontra-se descrito no art. 3º, I, b, da Lei federal 11.445/2007 e abrange infraestruturas, atividades e instalações operacionais “[...] de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente”. Porém, à semelhança do que ocorre em relação ao sistema de abastecimento público de água potável, o gestor público não deve se limitar à observância desse comando legal.

Assim é que, ao implementar esse sistema, deve atentar para as normas técnicas expedidas pelos órgãos técnicos competentes, como, por exemplo, a Fundação Nacional da Saúde – FUNASA,

que dispõe de manual a respeito, que contém todas as diretrizes e as minúcias do projeto de engenharia (www.funasa.gov.br/site).

Desse modo, o projeto de engenharia deve conter, além dos requisitos acima elencados, alguns outros elementos, conforme Manual expedido pela FUNASA, em atenção a algumas normas expedidas pela ABNT (NBR 9.648, NBR 9.649, NB 568, NB 569 e NB 570), para que a obra seja realizada com:

[...] segurança, funcionalidade, adequação, facilidade de construção, conservação e operação, durabilidade dos componentes e principalmente a possibilidade do emprego de mão de obra, matérias-primas e tecnologias existentes no local. (www.funasa.gov.br/site.)

O mesmo raciocínio aplicar-se-á à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos bem como à drenagem e ao manejo das águas pluviais urbanas (art. 3º, I, “c” e “d”).

3 DA POLÍTICA PÚBLICA

A Lei federal 11.445/2007 estabelece também uma série de comandos ao gestor e ao prestador do serviço de saneamento básico, para que possa haver o controle pelo Poder Público assim como o controle social.

Desse modo, a aludida norma é expressa, ao determinar ao gestor público que elabore o plano de saneamento básico de acordo com os seus termos e em observância ao seguinte:

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;

II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação;

III - adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo *per capita* de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água;

IV - fixar os direitos e os deveres dos usuários;

V - estabelecer mecanismos de controle social, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 3º desta Lei;

VI - estabelecer sistema de informações sobre os serviços, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento;

VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais.

Um dos comandos que avulta desse elenco é a ordem de que o gestor público adote parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo *per capita* de água para abastecimento, devendo-se observar, ainda, a propósito, os padrões relativos à potabilidade da água. É que a cobrança de tarifa pressupõe a contraprestação de serviço em padrões minimamente aceitáveis. Do contrário, haverá enriquecimento indevido de uma das partes com grave prejuízo social.

Outra importante obrigação do gestor público é o estabelecimento e a divulgação dos deveres e dos direitos dos usuários – franqueado o amplo acesso às informações sobre os serviços prestados, especialmente no ambiente virtual (internet) – assim como a criação de mecanismos de controle social.

É que esse tipo de contrato, como se verá mais à frente, é sinalagmático, com forte conteúdo de normas cogentes. Por isso, deve haver ampla divulgação do conteúdo de suas normas para o seu

fiel cumprimento por ambas as partes, não só em relação às obrigações principais, mas também no que diz respeito aos deveres anexos, como a proteção, o esclarecimento e a lealdade, derivados da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil).

Como se trata de serviço que afeta os interesses da coletividade, andou bem a lei, ao estabelecer a obrigação de se criarem mecanismos de controle social. Em nossa ótica, trata-se de comando para que seja criado comitê interinstitucional, que deverá abrigar todos os segmentos de usuários do sistema de saneamento básico. Assim, esse comitê deverá ser composto não só por pessoas físicas, como representantes de bairros, mas também por prepostos de pessoas jurídicas, como representantes de associações comerciais e do Poder Público.

Ademais, na linha do que dispõe o art. 3º, IV, da Lei 11.445/2007, esse comitê terá o poder de obter informações sobre o sistema de saneamento básico, e os seus representantes terão assento nas reuniões destinadas à formulação de políticas, ao planejamento e à avaliação desse sistema.

Compete também ao Poder Público ou a quem estiver operando o sistema implantar banco de dados sobre os serviços, o qual deverá ser articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento, órgão vinculado ao Ministério das Cidades (<http://www.snis.gov.br/>). Isso, porque compete a esse órgão a compilação e a avaliação dos dados encaminhados por todos os Municípios brasileiros, a fim de estabelecer as diretrizes e as metas relativas ao saneamento básico. Especialmente, porque o Brasil comprometeu-se a implantar um sistema de saneamento básico de qualidade em favor de toda a população, não só internamente, por meio da CF e da legislação infraconstitucional, como também internacionalmente, ao cancelar as Metas do Milênio da Organização das Nações Unidas – ONU (<http://www.pnud.org.br/odm.aspx>).

Assim, compete ao Município, por ser o gestor do sistema, informar a esse órgão federal, por exemplo, o índice de perda da água na distribuição, o número total de usuários, o número de hidrômetros instalados nas unidades consumidoras, as localidades urbanas e rurais que estão sendo atendidas por água potável e por esgotamento sanitário assim como o volume de água submetida a tratamento nas Estações de Tratamento de Água – ETA's.

Outro importante aspecto dessa política pública reside na possibilidade de o Poder Público intervir para retomar os serviços delegados por indicação da entidade reguladora em casos de má prestação de serviços à população ou de falta grave, nos termos de legislação local e também do contrato de concessão ou de permissão.

Logo a seguir, em tópico específico, analisar-se-á a estrutura, os poderes e a função da entidade reguladora, cuja existência é obrigatória em casos de delegação do serviço de saneamento básico. Por ora, apenas se registre que se trata de autarquia sob regime especial: poder normativo técnico, autonomia decisória, independência administrativa e autonomia econômico-financeira.

4 DA REGULAÇÃO

A Lei federal 11.455/2007 estabeleceu novo sistema de saneamento básico, criando não só novos direitos, metas, princípios e deveres ao prestador do serviço como também nova instância técnica e decisória com competência para a fixação de normas infralegais relativas a esse sistema e, ainda, o valor da tarifa (arts. 22 e 23).

Trata-se de entidade reguladora, que consistirá em autarquia pública sob regime especial. Ela gozará de independência decisória bem como de autonomia administrativa, financeira e orçamentária (art. 21). Seus servidores, por outro lado, serão recrutados por concurso público (art. 37 da CF), respeitando-se o critério meritório na contratação.

Competirá a essa autarquia editar as normas pertinentes “[...] às dimensões técnica, econômica e social de prestação de serviços [...]”, com a fixação de padrões e indicadores de qualidade dos serviços, as metas progressivas de expansão do sistema, os requisitos operacionais, a avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados, dentre outros fatores. Também lhe compete a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos (art. 25, §2º).

Devem existir, ao tempo da celebração do contrato de prestação de serviço de saneamento básico, “normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização” (art. 11, III). É pré-requisito, portanto, da delegação a existência de entidade reguladora e de normas expedidas por essa autarquia, relativas ao modo de execução do sistema de saneamento básico.

Cite-se, a título de exemplo de entidade reguladora municipal, a Agência Reguladora Intermunicipal de Santa Catarina – ARIS (<http://www.aris.sc.gov.br/>), que exerce, há alguns anos, as competências acima elencadas. Ao que parece, essa entidade tem contribuído sobremaneira para o desenvolvimento do sistema de saneamento básico no Estado de Santa Catarina, porque essa unidade federativa figura entre aquelas com melhor nível de implementação desse sistema.

Depois de criada a entidade reguladora, o Município ou a concessionária deverá fornecer àquela autarquia todas as informações que produzir, cujo acesso também deve ser franqueado ao público e, especialmente, ao comitê interinstitucional, a fim de se garantir ampla fiscalização externa.

5 DOS CONTRATOS

A multicitada lei também estabelece importantes normas relativas aos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico. Tais normas dizem respeito às condições de validade desses contratos, logo, a sua inobservância implica a nulidade dos mesmos a teor do que dispõe o art. 166, inciso VII, do CC.

Cuida-se de normas especiais em relação aos requisitos gerais de todo contrato (art. 104 do CC). Assim, no âmbito do saneamento básico, além daqueles requisitos de validade inerentes a to-

dos os contratos: (a) agente; b) a vontade; c) a causa; d) o ato ou o negócio em si mesmo), devem se fazer presentes elementos essenciais ao funcionamento do serviço e ao processo de contratação da pessoa jurídica responsável (RIZZARDO, 2008, p. 39). São as normas cogentes, cujo conteúdo não se insere no espaço negocial das partes.

Com efeito, para que o contrato da concessionária com o Poder Público seja válido, é mister a existência de Plano de Saneamento Básico (art. 11, I, da Lei federal 11.455/2007). Trata-se de plano abrangente, elaborado conforme as diretrizes fixadas pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, que deverá versar sobre aspectos socioeconômicos, culturais, infraestrutura de abastecimento de água, infraestrutura de esgotamento sanitário, de manejo de águas pluviais e de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

A propósito, convém trazer a lume o disposto no art. 19 da referida Lei:

Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

I – diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;

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 as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;

IV – ações para emergências e contingências;

V – mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

§1º Os planos de saneamento básico serão editados pelos titulares, podendo ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço.

§2º A consolidação e compatibilização dos planos específicos de cada serviço serão efetuadas pelos respectivos titulares.

§3º Os planos de saneamento básico deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos.

§4º Os planos de saneamento básico serão revistos periodicamente, em prazo não superior a 4 (quatro) anos, anteriormente à elaboração do Plano Plurianual.

§5º Será assegurada ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas.

§6º A delegação de serviço de saneamento básico não dispensa o cumprimento pelo prestador do respectivo plano de saneamento básico em vigor à época da delegação.

§7º Quando envolverem serviços regionalizados, os planos de saneamento básico devem ser editados em conformidade com o estabelecido no art. 14 desta Lei.

§8º Exceto quando regional, o plano de saneamento básico deverá englobar integralmente o território do ente da Federação que o elaborou.

Faz-se necessária, ainda, 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” (art. 11, inciso II).

Não se cuida, como se percebe, de simples proposta de contrato. A concessionária deve demonstrar, ao contratar com o Poder Público, que detém condições técnicas e econômicas de realizar os vultosos investimentos necessários à implementação do sistema de saneamento básico. Para isso, precisa contar com corpo técnico profissional e capital social condizente com a envergadura do empreendimento.

Tendo em vista esses parâmetros legais, afigura-se inadmissível a nomeação de quadros para a direção de concessionária de sistema de saneamento básico com base em critérios políticos.

Para tais cargos, em virtude da complexidade da missão e da responsabilidade do encargo, é imprescindível a contratação de técnicos com larga experiência no trato da matéria.

Isso, porque o serviço que será prestado, especialmente no que diz respeito ao fornecimento de água potável, afetará a saúde de milhares e, a depender do Município, milhões de pessoas. Assim, a concessionária deve ser capaz de fornecer a água com padrões mínimos de potabilidade, de acordo com o que for fixado pela União por intermédio do Ministério da Saúde.

Como se trata de serviço essencial, esse estudo deve abranger estrutura tal que não permita a interrupção do funcionamento do serviço (art. 43). Com efeito, trata-se de serviço essencial que, em hipótese alguma, pode sofrer interrupção. Assim, a concessionária deve apresentar um plano que contemple, inclusive, as contingências, como, por exemplo, as ações para enfrentar eventual crise hídrica derivada de longa estiagem.

Esse serviço, como determina a lei, deve ser regular e contínuo, sendo certo que o gestor público ou a concessionária deve velar pelas condições operacionais e de manutenção do sistema (art. 43).

Por consequência, o gestor, ao apresentar o plano, deve ter em vista investimentos de longo prazo, levando em consideração, inclusive, o crescimento populacional do Município. Portanto, o plano deve contemplar a construção de represas, de estações elevatórias adequadas, em número e potência, à demanda do serviço, de Estações de Tratamento de Águas – ETA'S assim como a instalação de hidrômetros em todas as unidades de usuários.

Deve, ainda, levar em consideração o seguinte:

As atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente” (art. 3º, I, “b”), bem assim o quanto disposto em relação à limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (art. 3º, I, “c” e “d”).

Por outro lado, no que diz respeito aos aspectos econômicos do contrato, é interessante notar que a lei estabelece três formas de remuneração de acordo com o tipo de serviço prestado, a fim de que o Município possa, no caso de execução direta, ou a concessionária, em caso de delegação, ressarcir-se dos investimentos necessários. Por oportuno, convém trazer à colação o disposto no art. 29 da Lei 11.455/2007:

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços: I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente;

II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos: taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades; III - de manejo de águas pluviais urbanas: na forma de tributos, inclusive taxas, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades.

§1º Observado o disposto nos incisos I a III do *caput* deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes:

I - prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;

II - ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços;

III - geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço;

- IV - inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos;
 - V - recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência;
 - VI - remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços;
 - VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços;
 - VIII - incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.
- §2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

No caso específico do abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, a cobrança será realizada, “preferencialmente”, por tarifa ou outros preços públicos. Quer isto dizer que outra espécie de cobrança pode ser feita, mas a lei estabelece como preferencial a cobrança por tarifa ou preço público.

A tarifa ou o preço público consiste em contraprestação pelo efetivo serviço prestado pela concessionária de serviço público após a celebração de contrato entre as partes. Esse caráter da tarifa realça o caráter sinalagmático do contrato.

Também é valioso destacar que, em virtude da voluntariedade da contratação, a tarifa difere da taxa. A taxa é espécie de tributo (art. 5º do Código Tributário Nacional – CTN), logo, “[...] prestação pecuniária compulsória [...]”, “[...] instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (art. 3º do CTN).

O STJ, recentemente, consolidou o entendimento a respeito da natureza jurídica não tributária da tarifa cobrada em razão do serviço de abastecimento de água:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DE TARIFA. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Solucionada a controvérsia à luz exclusiva da interpretação de normas infraconstitucionais, sem o exame de matéria constitucional, não há falar em violação à cláusula de reserva de plenário.

2. A Primeira Seção desta Corte, utilizando-se da sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), por ocasião do julgamento do REsp nº 1.117.903/RS (DJe de 1º/2/2010), consolidou entendimento no sentido de que “a natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas”.

3. A mera alegação de que os honorários advocatícios são excessivos, sem a existência de elementos que permitam apurar a desproporção narrada, não configura a excepcionalidade exigida pela jurisprudência desta Corte para a revisão desses valores, de forma que a pretensão recursal esbarra no óbice contido na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, Primeira Turma, AGRG NO ARES 569.655/SP, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe de 25/05/2016.)

Com efeito, os cidadãos não são obrigados a contratar com o Município ou com a concessionária. Podem obter água de outras fontes para consumo humano, como, por exemplo, a água oriunda de lençol freático, desde que devidamente autorizado pelo Poder Público.

A fixação do preço da tarifa, porém, não deverá ser feita de forma aleatória, pois deve obedecer aos parâmetros legais, a fim de se garantir a equidade. Desse modo, a fixação das tarifas relativas aos serviços de saneamento básico deve contemplar diversas faixas de acordo com o tipo de segmento do usuário, o padrão mínimo de consumo, dentre outros fatores, conforme elencados no art. 30 da citada lei, senão vejamos:

Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores:

I - categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo;

II - padrões de uso ou de qualidade requeridos;

III - quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente;

IV - custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas;

V - ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos; e

VI - capacidade de pagamento dos consumidores.

Art. 35. As taxas ou tarifas decorrentes da prestação de serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos devem levar em conta a adequada destinação dos resíduos coletados e poderão considerar:

I - o nível de renda da população da área atendida;

II - as características dos lotes urbanos e as áreas que podem ser neles edificadas;

III - o peso ou o volume médio coletado por habitante ou por domicílio.

Art. 36. A cobrança pela prestação do serviço público de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas deve levar em conta, em cada lote urbano, os percentuais de impermeabilização e a existência de dispositivos de amortecimento ou de retenção de água de chuva, bem como poderá considerar:

I - o nível de renda da população da área atendida;

II - as características dos lotes urbanos e as áreas que podem ser neles edificadas.

Como se percebe, o art. 30 e os artigos 35 e 36 permitem a fixação de tarifa por sistema progressivo, o que atende ao princípio da justiça material (art. 5º, LIV, da CF), isto é, a cobrança de diferentes tarifas em razão da particularidade de determinados segmentos de usuários. Os tribunais pátrios, inclusive, chamados a se manifestarem sobre o tema, concluíram pela constitucionalidade desse sistema. A título de reforço desses argumentos, trago à colação a seguinte ementa de acórdão proferido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ:

ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. COBRANÇA DE TARIFA PROGRESSIVA. LEGITIMIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TARIFAS. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES.

1. É legítima a cobrança de tarifa de água fixada por sistema progressivo.

2. A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

3. Recurso especial da concessionária parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Recurso especial da autora provido. Recursos sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC. (STJ, Primeira Seção, RESP 1113403/RJ, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 15/09/2009.)

Por fim, para que o aludido contrato possa ser reputado válido, é imprescindível a “[...] realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato” (art. 11, IV, da Lei 11.455/2007). Essa audiência, para ser reputada pública e ter o alcance desejado pela Lei, deve ser precedida de ampla divulgação em todos os meios de comunicação e ser realizada em local e em horário em que o maior número de pessoas, de todos os extratos sociais, possa se fazer presente. É mister, sobretudo, que, naquela ocasião, seja dada a oportunidade de manifestação aos presentes, registrando-se tudo em ata.

6 DAS CRÍTICAS À JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Questão interessante se coloca relativamente ao valor da tarifa que será cobrada do consumidor, quando algum ou alguns dos serviços de saneamento básico não forem prestados.

Isso, porque, tendo em conta o caráter sinalagmático e comutativo desses contratos (artigos 247 e 441 do Código Civil) bem como a natureza cogente das normas insertas na Lei federal 11.455/2007, é lícito indagar as consequências jurídicas em relação aos prestadores do serviço quando da ocorrência de duas situações: 1) alguns dos serviços de saneamento básico não são prestados; 2) algum ou alguns dos serviços são prestados de maneira incompleta.

No que se refere à primeira hipótese, isto é, quando o serviço não é prestado, o STJ entende ser possível a cobrança da respectiva tarifa. Eis o precedente do colendo STJ a respeito:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. SERVIÇOS DE TRATAMENTO DE ESGOTO. ART. 42 DO CDC. EXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECEDENTES DO STJ. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INAPLICABILIDADE. RESP 1.117.903/RS JULGADO PELO REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.117.903/RS, processado nos termos do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de que a contraprestação cobrada por concessionária de serviço público a título de fornecimento de água potável encanada ostenta natureza jurídica de tarifa ou preço público, submetendo-se à prescrição decenal (art. 205 do CC de 2002) ou vintenária (art. 177 do CC de 1916) quando for aplicável a regra de transição prevista no art. 2.028 do novo diploma.

2. Quanto à aplicação do REsp 1.339.313/RJ, julgado sob o rito dos processos repetitivos, art. 543-C do CPC, no presente caso não é possível, uma vez que o Tribunal de origem afirma que não houve prestação do esgotamento sanitário.

3. O Tribunal *a quo* assentou, com base no conjunto probatório dos autos, que não há prestação do serviço de esgoto sanitário no imóvel dos agravados. Entendimento insusceptível de revisão, nesta via recursal, por demandar reapreciação de provas. Aplicação da Súmula 7/STJ.

4. O Tribunal de origem decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido da obrigatoriedade de restituição em dobro o valor indevidamente cobrado, uma vez que não configura engano justificável a cobrança de taxa de esgoto em local onde o serviço não é prestado.

Agravo regimental improvido. (STJ, Segunda Turma, AGRG NO ARES 359.337/RJ, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe de 27/11/2013.)

Essa orientação jurisprudencial está correta, sobretudo porque, se permitida uma situação dessas, haveria enriquecimento sem causa por parte do prestador de serviço (art. 884 do CC).

Além disso, é importante destacar, em sede de contratos bilaterais, que o contratante inadimplente não pode exigir a prestação da contraparte. Cuida-se da conhecida exceção do contrato não cumprido (art. 476 do CC). Desse modo, se o prestador não oferece algum dos serviços de saneamento básico, como por exemplo, o serviço de fornecimento e tratamento de água, não pode cobrar a respectiva tarifa.

No entanto, no que diz respeito à segunda hipótese alhures destacada, qual seja, quando alguma das espécies do serviço de saneamento básico é parcialmente cumprida, o STJ entende ser possível a cobrança integral da tarifa nesses casos. Assim é que se entende como legal a cobrança da tarifa, mesmo quando, por exemplo, o serviço de tratamento dos resíduos não for realizado, apenas a coleta do esgoto. A propósito, confira-se a seguinte ementa de acórdão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLETA E TRANSPORTE DOS DEJETOS. INEXISTÊNCIA DE REDE DE TRATAMENTO. TARIFA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA.

1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando a Corte de origem emprega fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia.

2. À luz do disposto no art. 3º da Lei 11.445/2007 e no art. 9º do Decreto regulamentador 7.217/2010, justifica-se a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a

coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue.

3. Tal cobrança não é afastada pelo fato de serem utilizadas as galerias de águas pluviais para a prestação do serviço, uma vez que a concessionária não só realiza a manutenção e desobstrução das ligações de esgoto que são conectadas no sistema público de esgotamento, como também trata o lodo nele gerado.

4. O tratamento final de efluentes é uma etapa posterior e complementar, de natureza sócio-ambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público.

5. A legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. Precedentes: REsp 1.330.195/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04.02.2013; REsp 1.313.680/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29.06.2012; e REsp 431121/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 07/10/2002.

6. Diante do reconhecimento da legalidade da cobrança, não há o que se falar em devolução de valores pagos indevidamente, restando, portanto, prejudicada a questão atinente ao prazo prescricional aplicável as ações de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto.

7. Recurso especial provido, para reconhecer a legalidade da cobrança da tarifa de esgotamento sanitário. Processo submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. (STJ, Primeira Seção, RESP 1339313/RJ, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe de 21/10/2013.)

Com o devido respeito àquela colenda Corte, entendemos que tal posicionamento se mostra equivocado não apenas do ponto de vista jurídico mas também sob as perspectivas social, econômica e ambiental.

O art. 3º, I, b, da Lei federal 11.445/2007 não contém lacunas, tampouco expressões de conteúdo jurídico indeterminado, que requeiram complexa interpretação jurídica, porque essa norma, de natureza cogente, é categórica em expressar que esgotamento sanitário abrange infraestruturas, atividades e instalações operacionais “[...] de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente”.

Como se percebe, não há nenhuma conjunção alternativa nesse texto que permita ao prestador do serviço escolher as etapas que serão cumpridas.

Ao permitir que os prestadores do serviço de saneamento básico cobrem integralmente a tarifa, mesmo sem realizar o tratamento final dos dejetos, há inequívoca afronta ao texto legal, pois as etapas consistentes na coleta, no transporte e no tratamento dos resíduos fazem parte, por determinação legal, de um processo indivisível. E tal determinação tem fundamento em conhecidas razões de ordem ambiental e sanitária: o lançamento de esgoto, sem tratamento, em rios, lagos e mares enseja a mortandade da fauna e da flora aquáticas, a contaminação da água e, por conseguinte, a proliferação de doenças, com impactos deletérios, quicá irreversíveis, à população que faz uso cotidiano dessa água, como a população ribeirinha.

A permissão da cobrança da tarifa integral, mesmo quando o serviço de coleta e tratamento de esgoto, ou qualquer outro serviço de saneamento básico, seja parcialmente prestado, fere os princípios da justiça contratual, como a isonomia de tratamento que deve ser dispensada aos contratantes, olvidando ainda a regra da comutatividade nos contratos bilaterais. Ademais, enseja o enriquecimento sem causa por uma das partes contraentes (art. 884 do Código Civil e art. 42 do

Código de Defesa do Consumidor), na medida em que estará percebendo remuneração superior ao que deveria estar percebendo pelo serviço parcialmente prestado.

Por fim, sob o prisma constitucional, tal decisão fere o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, parágrafo único, III, da CF); por isso, inibe a implementação de importante política de desenvolvimento social. É que, sem a necessidade de cumprir todas as etapas, os prestadores do serviço de saneamento básico, por uma lógica financeira, continuarão a optar pela manutenção do *status quo*.

Nesse contexto, faz-se urgente uma mudança de orientação jurisprudencial por parte do STJ.

CONCLUSÃO

A prestação do serviço de saneamento básico é tarefa complexa, que demanda a atuação de diversos entes da Federação em parceria, muitas vezes, com pessoas jurídicas de direito privado, delegatárias da execução do serviço, como sociedades de economia mista.

Cuida-se de política pública que demanda grande investimento com médio a longo prazo de retorno. No entanto, tendo em conta a sua importância para a saúde pública e para o meio ambiente, a atuação do Poder Público nessa seara – não só dos órgãos integrantes do Poder Executivo mas também do Judiciário – deve ser intransigente com os comandos legais.

A missão do Poder Público deve ser a de estimular a transparência das informações, a instalação e o fortalecimento dos órgãos reguladores, de fomentar a eficiência e de impedir a total privatização do serviço. Pois, ao mesmo tempo em que ao particular se permite a execução do serviço por meio da delegação, deve-se imputar-lhe a responsabilidade pela realização de investimentos e o cumprimento de todas as etapas do serviço de saneamento básico. O custo do serviço não pode ser óbice a essa tarefa. Se, de fato, o particular conseguir demonstrar a defasagem econômico-financeira do contrato, deve-lhe ser garantida a revisão ou o reajuste da tarifa. Jamais o particular deve ser isentado do cumprimento integral de suas obrigações.

Por outro lado, tendo em conta que, muitas vezes, a sociedade de economia mista é criada pelo Município como ente da administração indireta, para a prestação do serviço, deve haver o cuidado redobrado dos órgãos públicos em impedir que tal pessoa jurídica seja instrumentalizada por interesses políticos, prejudicando a consecução da finalidade pública.

Aprovado em: 05/07/2017. Recebido em: 18/03/2017.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso de Souza. 2 ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CARVALHO, Vinícius Marques de. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). **Regulação e Desenvolvimento. Novos Temas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 15. ed., rev. e atual. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KLEIN, Aline Lícia; AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. In: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia (org.). **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Alexandre Mota Brandão de Araújo

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Brasília (UnB).

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA).

Ex-procurador do Banco Central do Brasil (BACEN).

alexandremota18@hotmail.com