

A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO

Andreia Azevedo de Lima Wada¹

Mayra de Souza Scremin²

RESUMO

Os Estados Federados realizam políticas públicas que são constituídas a partir do que a sociedade e o sistema político decidem sobre como estas devem funcionar e para quê. As políticas sociais permitem manter a ordem social, produzindo o consenso e legitimando o exercício do poder por meio do desenvolvimento do papel de mediador da relação entre Estado e sociedade. Dada a importância das políticas públicas, cabe ao Estado o devido processo legal para a delegação de competências de suas responsabilidades e a fiscalização adequada destes serviços. O presente artigo tem como metodologia um estudo descritivo analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados em livros, revistas, artigos e leis, tendo como objetivo geral a análise de como é feita a fiscalização dos contratos de concessão dos serviços públicos de saneamento de acordo com a lei vigente. Devido à relevância legislativa e social do tema, visa-se descrever como se deu o surgimento do saneamento básico no Brasil, delimitar a repartição constitucional de competência no que se refere ao saneamento básico, esclarecer o que é delegação de competência e concessão de serviços públicos feita pelo poder concedente, demonstrar como a legislação prevê essa delegação de competência, analisar a competência da prestação dos serviços de saneamento, e, por fim, informar as diversas maneiras que existem de fiscalização dos contratos de concessão.

Palavras-Chave: Concessão de Serviços Públicos. Poder Concedente. Concessionária. Fiscalização da Concessão.

¹ Aluna do 4º ano do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica (PAIC 2014/2015). *E-mail*: andreiaalw@gmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora da FAE Centro Universitário. *E-mail*: mayra.scremin@fae.edu

INTRODUÇÃO

O cidadão tem seus direitos materializados por meio de políticas públicas, e estas ações se tornam importantes à medida que envolvem a população em geral e afetam principalmente as classes de baixa renda, nestas o acesso ao saneamento e à água potável fica deficiente, levando a um gasto financeiro expressivo na rede de atendimento à saúde, onde poderiam ter sido reduzidos por meio de medidas de saneamento básico.

Por saneamento entende-se o conjunto de ações que envolvem diferentes fases do ciclo da água, sendo inicialmente através da captação ou derivação, tratamento, adução e distribuição, concluindo com o esgotamento sanitário e a efusão industrial (BARROSO, 2002, p. 255).

Dessa forma, faz-se necessário descrever a maneira correta que a legislação vigente delimita a competência e define as entidades federativas responsáveis pela prestação desse serviço de saneamento básico, em especial no que se refere à água, bem como à delegação dessa competência a outros entes federados e à forma de fiscalização desses contratos de concessão.

O estudo ora desenvolvido procura delimitar a competência de cada ente. Visando à definição de suas responsabilidades, estaremos explanando a seguir, de maneira sucinta, o surgimento do saneamento básico no Brasil, bem como as concessões.

1 SURGIMENTO DO SANEAMENTO BÁSICO E DAS CONCESSÕES NO BRASIL

Os primeiros sistemas de abastecimento domiciliar de água encanada em áreas urbanas surgiram a partir do fim do século XVII na Inglaterra e na França, e eram de cunho particular, caracterizando assim o desenvolvimento capitalista nesses países. Inicialmente esses sistemas ocorreram sob a forma de empreendimentos privados, orientados pelo lucro. Era um bem privado e disponível somente a quem pudesse pagar por ele, mas que frequentemente era financiado com recursos públicos. Isso determinava um caráter excludente, fazendo com que a expansão do sistema de abastecimento de água fosse limitada às áreas que as empresas prestadoras do serviço não consideravam rentáveis, conduzindo ao desenvolvimento de um padrão de alta desigualdade no acesso aos serviços de água encanada.

Durante esta etapa privatista que se estendeu até a segunda metade do séc. XIX, as empresas privadas prestadoras desse serviço estavam sujeitas a pouco controle em termos de qualidade, regularidade do serviço e preços. A necessidade de regular as empresas começa a surgir a partir de meados do séc. XIX (CASTRO, 2011, p. 387).

Do ponto de vista da ampliação de direitos sociais, anteriores ao processo de ampliação de direitos civis e políticos, no Brasil ocorreram grandes conquistas. Isso aconteceu durante o período ditatorial (Era Vargas 1930-1945), quando a população teve seus direitos civis fortemente tolhidos. Esse percurso histórico “é importante para a compreensão das razões que postergaram a consolidação dos direitos de cidadania no país” (CARVALHO, 2001, p. 236).

A partir da década de 1980 surgiu um novo modelo de gestão, que substituiu o que se baseava no racionalismo administrativo, sendo uma versão atualizada do modelo privatista que havia imperado até fins do século XIX. Chamado de neoprivatismo, esse modelo significava que os serviços básicos deveriam voltar a ter status de mercadorias de bens privados, ou seja, deveriam ser adquiridos no mercado sem mediação do Estado.

Na prática, as formas predominantes assumidas por essa política, no setor de saneamento, têm sido as concessões e os contratos parciais a empresas privadas e, mais recentemente, chamadas de parcerias público-privadas. Essas políticas vêm sendo implantadas no nível global, desde a década de 1980 [...] (HELLER; GOMES, 2014, p. 26).

Como descreve Nohara (2014, p.479), “o auge da política de privatizações ocorreu no governo de Fernando Henrique Cardoso, período em que houve muitas reformas administrativas orientadas pelas metas de ajuste fiscal, sugeridas pelos organismos financeiros internacionais”. Com isso, houve maior utilização das concessões e adoção do modelo das parcerias público-privadas para atrair investimentos para o Estado.

1.1 SITUAÇÃO ATUAL DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Segundo dados apresentados pelo Plano Nacional de Saneamento Básico 2000 (IBGE, 2002), o déficit de saneamento no Brasil é encontrado entre as classes sociais de mais baixa renda – no que tange ao fornecimento de água. Já no caso da rede coletora de esgoto, a carência é mais generalizada. Dos municípios brasileiros, 44,3% não realizam controle de qualidade regular da água distribuída. Dos que possuem população menor que 30 mil habitantes, 38% não dispõem de nenhuma forma de tratamento de água.

A qualidade e o acesso ao serviço de abastecimento de água e tratamento dos dejetos não se distribuem de forma homogênea pelo território nacional. O Nordeste apresenta um quadro deficitário em razão da quantidade de água disponível. O Sul, por sua vez, dispõe de água em quantidade satisfatória, porém deficiente no aspecto qualitativo. O Norte está entre as regiões de maior disponibilidade, mas apresenta

problemas de infraestrutura. O Centro-Oeste, devido à grande escala de produção de grãos, tem problemas de degradação e poluição da água. A deficiência desses serviços atinge de forma mais intensa os municípios menores, as regiões metropolitanas e os domicílios rurais.

A partir da década de 1990, o crescimento dos serviços de abastecimento de água e esgoto ficou igual ao da década anterior, pois obteve um aumento discreto e pouco expressivo. A aplicação de valores a partir de 2003 é expressiva em relação aos quatro anos anteriores.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU, 2011), se fosse investido anualmente no setor hídrico 0,16% do PIB mundial, a escassez de água poderia diminuir e reduzir pela metade o número de pessoas sem acesso à água potável e aos serviços de saneamento básico. Porém, a ONU não reconhece ainda o direito à água como sendo um direito fundamental da pessoa humana, mas a concebe como bem econômico (BARBOSA, 2008).

No Brasil, as Propostas de Emenda à Constituição (PEC) 39/07 e 213/12, em abril de 2014, foram aprovadas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). A Comissão aprovou a admissibilidade da PEC 39/07, do deputado Raimundo Gomes de Matos (PSDB-CE), que inclui a água entre os direitos sociais previstos na Constituição e estabelece que “o Estado é o responsável pelo fornecimento de água a toda a população [...] isso porque está intimamente relacionado com o direito à vida” (LOURENÇO, 2014).

A PEC 213/12, da deputada Janete Rocha Pietá (PT-SP), trata do mesmo tema e também foi aprovada. De acordo com o deputado Raimundo Gomes de Matos (apud LOURENÇO, 2014), reconhecer a água como um direito humano fundamental significa que o Estado será responsável pelo seu provimento para toda a população. O relator na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) deputado Sarney Filho (PV-MA), votou pela constitucionalidade e juridicidade das propostas e foi acompanhado pela comissão. A PEC será agora analisada por uma comissão especial a ser criada pela presidência da Câmara antes de seguir para o plenário da Casa para votação em dois turnos. Se aprovada pelos deputados, a PEC seguirá para apreciação no Senado. Até o dia 10 de setembro de 2015, a PEC 213/12 permanece em regime de tramitação na câmara dos deputados.

Existem em nosso ordenamento jurídico diversas leis que delimitam a responsabilidade de cada ente da federação. A seguir será descrito como são feitas as repartições dessas competências à luz da Constituição Federal.

2 REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA REFERENTE AO SANEAMENTO BÁSICO

2.1 DIREITO DE ÁGUAS

O saneamento básico é de competências constitucionais da União, Estados e Municípios.

O Direito de águas é denominado como direito emergente e teve seu marco temporal na promulgação da Constituição da República (1988) e na Reforma do Estado Brasileiro (1995), ao qual apresentou mudanças no método jurídico-institucional hídrico nacional. Considerando a água doce como um direito fundamental da pessoa humana, ela jamais poderá ser desconsiderada pelo direito, pela política e pelo Estado.

Anteriormente estava vigente o código de águas de 1934, o qual considerava águas particulares, mas atualmente não existe mais esse conceito. A Constituição Federal (CF) descreve a água como bem Federal, Estadual ou Distrital, porém a competência constitucional para legislar sobre águas pertence somente à União e aos Estados. Cabe à União criar e legislar sobre o direito de águas e aos Estados membros o poder de legislar acerca da administração (gestão) das águas sob seu domínio. Já os municípios têm o poder/dever de preservar e zelar pelas águas que passam por seu espaço terrestre seja de pessoas físicas ou jurídicas.

Em meados dos anos 1990, dentre os assuntos ligados ao meio ambiente destaca-se a água, que passou por uma reforma significativa e tornou-se um fator importante de preservação e gerenciamento. Um dos pontos mais importantes é o plano diretor da reforma do aparelho do Estado, dando a ele uma nova forma de gerir o que se refere a águas. A criação da Agência Nacional de Águas (ANA), em 2000, com atribuições de implementar o Plano Nacional de Recurso Hídricos (PNRH) e coordenar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SNGRH) foi um dos avanços (BARBOSA, 2012, p.154).

2.2 COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

O Estado Federal está constituído pela descentralização política, que corresponde à União, aos estados membros e municípios. É válido ressaltar que cada ente possui autonomia, ao qual ocorre a repartição constitucional de competências. Existem as

competências comuns ou concorrentes compartilhadas pelas entidades estatais, sendo, do ponto de vista material, divididas em político-administrativas, legislativas e tributárias.

Compete à União legislar sobre águas, instituir o sistema nacional de gerenciamento dos recursos, os critérios para acesso e as prioridades no seu uso. Também lhe compete o potencial de energia hidráulica, podendo os Municípios e Estados terem o direito de participação nos resultados em compensação financeira por sua exploração. Estas delimitações se tornam importantes na medida em que se define quem será responsável pela prestação do serviço de designação adequada da água, a administração dos recursos hídricos, a proteção ambiental e o controle da poluição.

Aos Estados e Municípios, apenas na forma do art. 23 inciso XI da CF, cabe registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

A Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, foi criada para regulamentar o art. 21 inciso, XIX da CF, dando origem ao SNGRH, cujo escopo é organizar estruturas administrativas para fiscalizar o cumprimento da política nacional de recursos hídricos, bem como definir a água como um bem público dando prioridade a sua utilização em situação de escassez.

O acesso à água não depende de qualquer tipo de licitação para sua outorga, pois a União e os Estados deverão conceder as outorgas solicitadas, salvo em situações excepcionais – por exemplo, quando se tratar de um serviço público atribuído pela constituição a outro ente federativo cuja prestação e a utilização da água seja indispensável, como é o caso do saneamento.

Cabe à União e aos Estados concorrentemente a competência para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, ao passo que é competência comum dos três níveis federativos a proteção do meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

Quando se trata de saneamento básico, cabe à União, por meio de lei ordinária, dispor a respeito das diretrizes a serem adotadas. Isso não quer dizer que os entes federados não possam ter autonomia e competência para prestar o serviço. Os municípios poderão, no que couber, suplementar a legislação federal e a estadual, como autoriza o art. 30, inciso II da CF, de acordo com os interesses locais (este sendo predominante do local, em relação aos outros entes), podendo estes serem diferentes dos regionais e mesmo nacionais. Nesse sentido, cabe aos três promoverem programas de melhorias do saneamento básico. Não tendo titularidade na prestação do serviço, mas sim a possibilidade de uma ação em conjunto ou exclusivamente, tem-se como objetivo principal o alcance de melhores resultados quando efetivada a sua prestação, independentemente de quem seja o ente prestador do serviço.

Segundo o art. 25, § 3º da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015,

Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum .

Desta forma, poderão integrar medidas que tragam benefícios comuns de interesse público, isso respeitando a CF.

Devido à complexidade e alto custo de obras e serviços que envolvam regiões metropolitanas ou intermunicipais, faz-se necessário realizar essas integrações, pois do contrário poderia dificultar a realização isoladamente destes, incorrendo na não realização satisfatoriamente, pois o interesse não é local, mas regional, podendo, dessa forma, afetar a vida e a administração de todo o Estado, inclusive da União.

Com o crescimento urbano, deu-se cabo na formação de conglomerados urbanos, sendo comum entre estes a organização de serviços a serem prestados pelo Estado. O saneamento básico, quando for de interesse comum ou regional (e não local), deverá ser prestado pelos Estados, não pelos Municípios. E se sobrevier algum conflito sobre a competência para realizar objetivos em comum, a escolha será definida pela celebração de convênio entre as unidades federativas, fundando-se no princípio da eficiência, com definição consensual dos papéis de cada um.

Este motivo fez a CF condicionar o estabelecimento destas regiões por meio da lei complementar estadual, e, uma vez editada a lei instituidora da região metropolitana, não poderão os municípios se insurgir contra ela, pois não é algo voluntário, mas sim compulsório. Isso porque o interesse local não pode prejudicar o comum geral.

Com relação ao saneamento, a seguir trataremos sobre a prestação desse serviço público no âmbito municipal e à luz da Constituição Federal, que delimita essa competência.

3 PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO

3.1 COMPETÊNCIA MUNICIPAL

A Constituição Federal de 1988 definiu as competências de acordo com cada ente federado, e, no art. 23, inciso XI, demonstra a competência material comum que inclui os municípios para “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos

de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios” (BRASIL, 1988). Isso foi consubstanciado na forma da Lei nº 9.433/1997, sendo esta uma legislação complementar correlata, que instituiu o PNRH e o SNGRH.

Os Municípios possuem competência legislativa concorrente com relação às normas que a União e os Estados já fizeram, mas precisa ser ajustada de acordo com o interesse local, envolvendo tanto a formulação de políticas quanto a execução das ações para o melhor desenvolvimento urbano local, na forma tanto das leis nacionais quanto da lei municipal.

A CF, em seu art. 30, inciso V, estabelece que:

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; (BRASIL, 1988).

Os serviços de saneamento são de interesse local, tendo o poder público prerrogativa para organizá-lo e prestá-lo. Sendo assim, o Município tem autonomia e competência constitucional sobre a gestão dos serviços no âmbito do seu território, respeitando as condições estabelecidas na legislação. Esta gestão compreende as funções de planejamento, regulação, fiscalização e prestação dos serviços, até mesmo os instrumentos e mecanismos de controle social.

Os serviços poderão ainda ser realizados de forma regionalizada, sendo caracterizados pela contribuição de um único prestador do serviço para vários Municípios contíguos ou não, a fim de estabelecer uma uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços. Essa fiscalização e regulação poderá ser exercida por órgão ou entidade ligada ao ente Federado que o titular da prestação do serviço tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação, obedecido ao disposto no art. 241 da CF (BARROSO, 2002).

A prestação regionalizada poderá ser realizada por órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação.

3.2 FORMA DE CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A CF, no art. 175, faz menção à hipótese de delegação de serviços públicos como a concessão ou a permissão, algo que foi regulamentado através da Lei nº 8.987/1995.

Conforme o art. 2º II dessa lei, a delegação da prestação é concedida à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, e feita mediante licitação na modalidade de concorrência por prazo determinado de acordo com o edital e o contrato, geralmente definidos por prazos mais longos.

Como salienta Mello (2001, p. 655),

compreende-se nas cláusulas regulamentares que o concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade, mesmo sem qualquer falta do concessionário, extinguir a concessão a qualquer momento, sem praticar, com isso, qualquer ilícito.

Uma vez que o serviço é prestado de maneira descentralizada por mera conveniência estatal e tendo em vista que nunca deixa de ser próprio do Estado (em razão de sua natureza pública), está em seu poder retomar o exercício e, se for o caso, indenizar o concessionário no que for adequado.

A prestação do serviço de saneamento básico é de competência municipal, segundo a Constituição, podendo o Município exercer essa função diretamente ou delegá-la a outro ente. Este processo está vinculado à celebração mediante a um contrato, que poderá ser contrato de programa, se o delegatário for ente público ou estatal, ou contrato de concessão precedido de licitação (regulada pela Lei nº 8.666/1993), no caso de empresa privada. No caso de licitação, haverá uma consulta pública ou audiência sobre o edital e a minuta do contrato entre titular e prestador do serviço. Poderá, ainda, a prestação ser na forma de permissão, autorização ou a gestão associada dos serviços a outros municípios.

Os contratos de concessão firmados com empresas privadas ou estatais deverão ser regulados pela Lei nº 8.987/1995 que, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos.

A validade dos contratos de concessão está condicionada à existência de plano de saneamento básico e a estudos comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação integral dos serviços, devendo os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato serem compatíveis.

Segundo a Lei nº 11.445/2007, na prestação regionalizada dos serviços, sendo um único prestador para vários municípios, deverá haver compatibilidade de planejamento dos respectivos planos municipais podendo ser elaborado um plano para o conjunto de municípios atendidos (BRASIL, 2007).

Delimitada constitucionalmente as competências de cada ente público, a seguir será pontuada a fiscalização dos contratos de concessão, bem como sua regulação.

4 REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

4.1 AGÊNCIAS REGULADORAS

Segundo Cardozo, Queiroz e Santos (2011, p.1. 057),

a teoria da regulação pode representar a contribuição mais útil de um Estado, pois ele passa a desempenhar sua função de organizador das relações sociais e econômicas através do exercício do poder de polícia ou da concessão de serviços públicos. Para isso, ele desempenha três poderes inerentes à regulação: o de editar a regra, o de assegurar sua aplicação e o de reprimir as infrações.

Seja qual for o poder desempenhado, o objetivo é a adequação da atividade econômica aos interesses da coletividade.

Esta função regulatória é destinada a entidades ou órgãos especializados, relativamente alheios ao comando político, seja administrativo ou legislativo, dotados de grandes poderes regulatórios e atuando principalmente com base na lei, devendo seguir os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência para que os atos contrários ao ordenamento sejam alterados. Os dirigentes das agências reguladoras são nomeados por mandatos certos não coincidentes, propiciando esses mandatos ao longo de diversos governos.

As agências reguladoras surgem como tentativa de estabilizar as decisões políticas adotadas pelo legislador em determinado setor, com a função de que os objetivos sejam perseguidos de forma estável por estas entidades dotadas de autonomia. São criadas por lei ordinária específica, conforme o art. 37, inciso XIX da CF, e, por estar representada como uma opção discricionária de descentralização de uma função da administração, a iniciativa desta lei é privativa do chefe do poder executivo, e somente ele poderá extingui-las (as agências reguladoras) amparado pelo princípio da simetria e por determinação legal, conforme reza a CF.

No ano 2000, foi criada a Agência Nacional de Águas (ANA), sendo esta de natureza autárquica e vinculada ao Ministério do Meio Ambiente (MMA). A agência tem autonomia administrativa e financeira e estabilidade de seus dirigentes. Sua função é atuar na prestação de serviços públicos, em se tratando de implementar e coordenar a gestão dos recursos hídricos no país e regular o acesso à água, sendo responsável por promover o uso sustentável.

A ANA se desdobra em três pilares: o normativo, o administrativo e o punitivo, e tem desenvolvido ações contributivas ao movimento de articulação da harmonia do pacto federativo entre os atores da gestão da água.

Em alguns Estados foram criadas agências que visam, da mesma forma que as nacionais, regular serviços delegados. Encontram-se agências reguladoras de serviços públicos delegados nos Estados do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Bahia, Pará, Ceará, Rio de Janeiro, Sergipe, Pernambuco e São Paulo. Além de suas funções específicas em relação aos serviços delegados nos Estados, as agências estaduais podem firmar convênios com as agências nacionais com escopo de realizar os serviços de regulação nacional dentro de seu território.

A fiscalização realizada pelas entidades reguladoras tem por objetivo verificar a obediência dos agentes regulados aos preceitos normativos e à consequente aplicação de sanções. Dessa maneira, pode-se dizer que o poder de fiscalizar está ligado à observância do cumprimento das obrigações legais e regulatórias, exigindo que os atos praticados pelos agentes regulados sejam baseados na lei e estejam cobertos de validade, mas também que estes atos sejam eficazes na produção de seus efeitos, exigindo a participação das agências para a apuração de atos contrários ao ordenamento jurídico, buscando a preservação dos interesses sociais.

A falta de fiscalização eficiente e baseada nos princípios expostos poderá gerar responsabilidade para a agência reguladora, além do exercício irregular de forma abusiva, e também pode configurar abuso de autoridade, sujeitando-se o agente à responsabilização civil, administrativa e criminal.

4.2 A RESPONSABILIDADE DO PODER CONCEDENTE

A Lei nº 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, em seu art. 9º, descreve que o titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto, 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.

A mesma lei dispõe que a prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, o qual não poderá conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados. Para a contratação mediante concessão deverá ser realizado o processo de licitação. As regras e os valores das tarifas e outros preços públicos a serem pagos aos demais prestadores, bem como a obrigação e a forma de pagamento, deverão constar no edital de convocação.

As normas criadas para regulamentar e fiscalizar as políticas públicas servem como base legal das atividades futuras, sendo de responsabilidade do Poder Executivo

realizar medidas para a sua efetividade, sendo o objetivo principal a proteção do meio ambiente. Para isso, a lei precisa ser aplicada juntamente com projetos de melhorias e eficiência de uso dos recursos naturais para então atingir sua finalidade plena, buscando a compensação e a minimização dos impactos negativos, a proteção do meio ambiente de forma racional e o desenvolvimento econômico e social de modo sustentável.

Segundo os artigos 8º e 23, § 1º, da Lei nº 11.445/2007, a regulação cabe ao titular dos serviços, que poderá realizá-la diretamente ou delegá-la à entidade de outro ente federativo, sendo necessário que a entidade reguladora seja constituída especificamente para esse fim, dentro dos limites do respectivo Estado, devendo ser explicitada a forma de atuação e abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

A Lei nº 8.987 define quais os encargos do poder concedente ao delegar sua função ao concessionário, sendo estas o poder de inspeção e fiscalização, de alteração unilateral das cláusulas regulamentares, de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído (deverá ter lei prévia autorizando o ato e, se couber, indenização), o poder de intervenção, e de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.

4.3 FISCALIZAÇÃO DA CONCESSÃO

A regulação tem por objetivo estabelecer padrões e normas para a adequação dos serviços prestados a fim de satisfazer os usuários, garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas, prevenir e reprimir abuso de poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência, e definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam à eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

A entidade reguladora e fiscalizadora deve ter independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, devendo ser assegurada a transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões. Ela é responsável pela verificação do cumprimento dos planos de saneamento por parte dos prestadores de serviços na forma das disposições legais, regulamentares e contratuais, garantindo o fiel cumprimento das prerrogativas contratuais, bem como dos serviços e da correta administração dos subsídios, seguindo as normas prévias editadas. Os contratos devem definir a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução dos serviços de saneamento básico.

A fiscalização da concessão, segundo a Lei nº 8.987/1995, estabelece que a concessionária e permissionária esteja sujeita à fiscalização pelo ente fiscalizador do poder concedente, devendo para isso contar com a cooperação dos usuários. O poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária, contando com o livre acesso em qualquer época a obras, equipamentos e instalações integrantes do serviço da concessionária.

Nos serviços em que mais de um prestador executa a atividade interdependente com a outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e fiscalização.

As normas deverão ser traduzidas de acordo com as características e necessidades locais, devendo as instituições se articularem de maneira a efetivar tais normas de forma eficaz. Essa articulação se refere à troca de informações entre os órgãos e entidades públicas, objetivando a busca da padronização e a simplificação dos procedimentos administrativos.

A CF delimita a melhor forma de articulação, estabelecendo as competências de acordo com cada ente da federação. Essa articulação foi introduzida como norma cogente de forma a sistematizar o procedimento, podendo garantir a proteção da qualidade e a quantidade dos recursos hídricos e gerenciamento destes. A troca de informações entre os entes envolvidos deverá ser sem restrições.

Existem lacunas na lei a respeito desses assuntos, porém, em se tratando de meio ambiente e de recursos hídricos, foram criados sistemas na administração pública em que participam os entes federados e a sociedade civil organizada; em cada ente político haverá um órgão ou entidade competente para exercer o controle dos recursos hídricos. É o caso do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e o SNGRH, aos quais cabem a troca de informações que busquem continuamente a solução para os problemas correlatos. No caso de conflito de competências, esses órgãos devem buscar o meio mais adequado de articulação institucional, submetendo-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Com relação aos corpos hídricos cujos domínios são de diferentes entes, bem como o controle cabendo a diferentes órgãos, devem todos esses entes atuar em harmonia por meio da utilização da negociação institucional para se chegar a um acordo por meio de concessões mútuas, tendo as partes como objetivo buscar seus interesses, porém em harmonia com os interesses das outras partes.

Mesmo a lei detalhando como e quem deverá realizar algum procedimento ainda assim poderá haver matéria necessária a interpretação, adotando-se o procedimento julgado mais de acordo com o espírito da lei.

5 OUTRAS FORMAS DE FISCALIZAÇÃO

A outorga de direito de uso de recursos hídricos e da ocupação do solo cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal, através da Lei nº 9.433/1997 que concedeu à participação dos municípios, associações profissionais, ONGs e as universidades em conjunto, passando a planejar o uso dos recursos hídricos. Após a deliberação colegiada caberá ao Comitê de Bacia Hidrográfica aprovar e acompanhar a execução desse trabalho em todas as suas fases. Em seguida, será encaminhado ao respectivo Conselho Nacional ou Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, de acordo com o domínio das águas.

O Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS) consiste em um banco de dados gerenciado pela esfera federal, contendo informações sobre a qualidade da prestação de serviços de água e esgoto e resíduos sólidos em relação à situação técnica operacional, gerencial e financeira dos operadores que atuam neste mercado. Este sistema veio para suprir a falta de um sistema de informação quanto ao saneamento e controle dos agentes públicos e privados envolvidos na prestação de serviços e à criação de um ambiente de mercado propício à participação da iniciativa privada.

A Lei nº 11.445/2007, em seu art. 53, criou o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (SNIS), por meio do qual o ministério das cidades pretendeu tornar público e acessível os indicadores e estatísticas para a caracterização da demanda e da oferta de serviços públicos de saneamento.

O SNGRH objetiva coordenar a gestão integrada das águas, arbitrar administrativamente os conflitos relacionados com os recursos hídricos, implementar a PNRH, bem como planejar, regular e controlar o uso a fim de preservar e a recuperar os recursos, além de promover a cobrança pelo uso.

Segundo Menezelo (2002, p. 78), o controle se dá pelo confronto da atuação real com os objetivos que devem ser alcançados pela atuação das entidades reguladoras, podendo ocorrer o controle do poder público e do político-social, que é exercido pela soberania popular. Quanto à eficácia, o controle pode ser direto, exercido sobre a atividade governamental, e indireto, que ocorre pela fiscalização dos atos praticados, os quais podem ser acionados de ofício pelas partes interessadas e pela sociedade.

O controle financeiro das agências reguladoras pode ser feito por entidades como o Tribunal de Contas e o controle do exercício das funções pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público.

Para Justen Filho (2002, p. 588), esse controle versará basicamente sobre a gestão administrativa em sentido próprio. Não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência. O que se deverá verificar

são os dispêndios, licitações e contratações produzidas, os atos atinentes a pessoal e sua remuneração. Enfim, a atuação do Tribunal de Contas envolverá a fiscalização das agências reguladoras enquanto autarquia federal, não como órgão titular de competências regulatórias.

A realização do controle por este órgão pode ser provocada pelos cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos, ou ainda quaisquer pessoas interessadas que verifiquem a ocorrência de atos irregulares ou ilegais que configurem o descumprimento de normas constitucionais ou de leis infraconstitucionais. Esse direito de representar as agências reguladoras se configura como um instrumento para impedir que estas ajam extrapolando as atribuições que lhe são inerentes.

Essa é uma forma de exercício da cidadania, que faz com que a sociedade fiscalize o bom uso dos recursos públicos, seguindo os preceitos legais, como também exige que os Tribunais de Contas aperfeiçoem sua estrutura para que possam acompanhar o desenvolvimento das entidades reguladoras e trazer colaborações para o desenvolvimento delas.

De acordo com o art. 49, inciso X da CF, ao Poder Legislativo compete exclusivamente a fiscalização e controle dos atos praticados pelo Poder Executivo, incluindo os praticados pelas entidades integrantes da administração indireta (BRASIL, 1998). Dessa maneira, as agências reguladoras podem ter os seus atos controlados pelo Poder Legislativo, que pode exigir delas uma justificativa para as suas decisões, inclusive as de caráter técnico. O processo pode se dar pela fiscalização dos atos emitidos pelas agências reguladoras, convocação para comparecimento, pedido escrito de informação, Comissões Parlamentares de Inquérito e fiscalização financeira e orçamentária com o auxílio do Tribunal de Contas.

Mazza (2005, p. 83) afirma que ao Poder Judiciário compete controlar as atividades das agências reguladoras e de seus agentes públicos quando questionadas, mediante provocação dos interessados, por meio de ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, *habeas data*, ação de improbidade administrativa ou qualquer outra ação judicial que vise prevenir ou reprimir atos e omissões atentatórias às normas e princípios pertencentes ao ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, o Ministério Público pode controlar as atividades das agências reguladoras, pois é uma instituição essencial para a função jurisdicional do Estado, incumbida de proteger a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses individuais e sociais indisponíveis.

No que concerne aos controles externos, a agência reguladora também pode sofrê-los por meio da atuação direta do Ministério Público por força de comandos constitucionais

contidos no art. 127 da Constituição de 1988, os quais lhe atribuíram competências para a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, podendo averiguar a legalidade e a legitimidade das decisões das agências, seja com pedidos de esclarecimentos, seja com propositura de ações judiciais, a fim de impedir que a agência reguladora viole o ordenamento jurídico (MENEZELLO, 2002, p. 78).

Sendo assim, podemos constatar a existência de várias formas legalmente amparadas pela constituição, bem como encontradas nas diversas legislações complementares vigentes em nosso ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A água deve ser utilizada de forma racional, pois, embora seja um recurso renovável, é finita. Sendo assim, deve ser utilizada com parcimônia e muita reserva. Para que isso ocorra, faz-se necessária uma conscientização eficiente, realizada por meio da parceria entre a sociedade e os poderes federais, estaduais e municipais, a fim de que estes atuem conjuntamente para planejar, ensinar e fiscalizar o uso de forma sustentável, e valendo-se do princípio da racionalidade – de acordo com a teoria da ação comunicativa defendida por Habermas (2003), na qual é proposta uma racionalidade comunicativa.

Não há no Brasil uma cultura de articulação e negociação institucional consolidada e nem sempre existe sustentabilidade institucional, seja por parte dos órgãos e entidades ou dos colegiados. O que falta é estruturação financeira de pessoal qualificado e outras formas que viabilizem com eficácia a articulação.

Não faltam normas que tratam de recursos hídricos, o que falta é a implementação dessas normas e dar prosseguimento ao processo de gestão, que será efetivado com a adoção dos instrumentos da PNRH.

O serviço adequado, segundo a Lei nº 8.987/1995 é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento, das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. E mais: compreende uma adequada fiscalização de acordo com as normas vigentes para que as concessões sejam feitas de maneira regular e satisfatória segundo nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, A. S. de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, E. M. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. *Âmbito Jurídico*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 58, out. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172> Acesso em: 9 set. 2015.

BARBOSA, M. de F. Direito de águas: arranjo jurídico-institucional, política e gestão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p. 147-157, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496583>>. Acesso em: 9 set. 2015.

BARROSO, L. R. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/762>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORJA, P. C. **Avaliação do plano municipal de saneamento básico**: conceitos, experiências brasileiras e recomendações. [s.l: s.n.], 2010.

BORJA, P. C.; MORAES, L. R. S. Saneamento como um direito social. In: ASSEMBLÉIA DA ASSEMAE, 35., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** Brasília: Assemae, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa da União**, DF, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRASIL. Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. **Diário Oficial da União**, DF, Brasília, 18 jan. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

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**, DF, Brasília, 8 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 8 jan. 2016.

_____. 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**, DF, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 16 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a política nacional de recursos hídricos, cria o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, regulamenta o inciso XIX do Art. 21 da Constituição Federal, e altera o Art. 1º da Lei 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a lei 7.990, de 28 de dezembro de 1989. **Diário Oficial da União**, DF, Brasília, 9 jan. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm>. Acesso em: 7 jan. 2016.

_____. Lei nº 11.445, de 5 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, DF, 8 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da MetrÓpole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jan. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**. Programa de Modernização do setor saneamento. Diagnóstico dos serviços de água e esgoto – 2007. Brasília: PMSS/SNIS, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coordenação de Análise de Jurisprudência. Ementário n. 2083-2. **Diário da Justiça**, Brasília, 20 set. 2002. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.841-9. Rio de Janeiro. Tribunal Pleno 01/08/2002. Folhas 255-266.

CASTRO, J. E. Gestão democrática nos serviços de saneamento. In: BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Panorama do saneamento básico no Brasil**. Brasília, DF, 2011. (Cadernos temáticos para o panorama do saneamento básico no Brasil, v. 7). p. 420-452.

CARDOZO, J. E. M.; QUEIROZ, J. E. L.; SANTOS, M. W. B. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GRANZIERA, M. L. M. Articulação e negociação institucional na efetividade das políticas ambientais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 172, p. 109-117, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92832/Granziera%20Maria.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

HABERMAS, J. **Teoria de la acción comunicativa: racionalidade de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus, v. 2. 2003.

HELLER, L.; GOMES, U. A. F. **Panorama do saneamento básico no Brasil**: elementos conceituais para o saneamento básico. Brasília: Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2014. v. 1. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/panorama/vol_01_miolo.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PÚBLICO (IDP). **Saneamento Básico e Direito Constitucional**. Rodrigo Pereira Mello. Parte I. Direito Constitucional: Repartição Constitucional de Competência.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000**. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/.../pnsb.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2015.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LOURENÇO, I. **CCJ aprova admissibilidade de proposta que inclui água entre direitos sociais**. 1 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2014/04/ccj-aprova-admissibilidade-de-proposta-que-inclui-agua-entre-direitos>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

MAZZA, A. **Agências reguladoras**. São Paulo: Malheiros, 2005. (Temas de Direito Administrativo, v. 13).

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENEZELLO, M. D. C. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

NOHARA, I. P. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **ONU aponta estratégias de investimento para redução da escassez da água**, 25 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-aponta-estrategias-de-investimento-para-reducao-da-escassez-da-agua>>. Acesso em: 9 set. 2015.

REZENDE, S. C.; HELLER, L. **O saneamento no Brasil**: políticas e interfaces. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

