

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto; Marcus Firmino Santiago; Osvaldo Agripino de Castro Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-390-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Econômica. 3. Regulação. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

O diálogo plural e respeitoso, a troca de ideias em alto nível, o compartilhamento de dúvidas, angústias e percepções acerca do mundo que nos cerca tiveram espaço, mais uma vez, no IV Encontro Virtual do Conpedi, realizado entre os dias 09 e 13 de novembro de 2021.

Ainda distantes fisicamente, mas sempre próximos graças a espaços como o Conpedi e seu estímulo ao constante desenvolvimento de pesquisas, pessoas de todos os cantos do país se encontraram no Grupo de Trabalho Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação, cuja sessão ocorreu no dia 11 de novembro.

Pesquisadoras e pesquisadores formados por diferentes escolas mostraram um alinhamento marcante em torno de debates que, mesmo trilhando diferentes caminhos, acabaram por levar a conclusões semelhantes, sempre priorizando o ser humano e seu bem estar.

Há um norte que orienta as pesquisas apresentadas e que se traduz na busca por um Direito permeado por valores socialmente relevantes, preocupado com as necessidades e carências crescentes e fortemente conectado a outras áreas de conhecimento. Um Direito que funciona como instrumento para corrigir distorções e orientar virtuosamente a vida coletiva, priorizando o bem comum e atribuindo ao Estado um claro e ativo papel neste processo.

Os caminhos trilhados, por seu turno, podem ser traduzidos nos seguintes eixos:

- a) Debate sobre os direitos sociais, o Estado Social e os sempre presentes desafios para sua efetivação;
- b) Apresentação e discussão de diferentes perspectivas acerca da intervenção estatal em atividades econômicas a fim de oferecer algum tipo de proteção diferenciada para os mais pobres;
- c) Análise sobre o uso de novas tecnologias como instrumento virtuoso para transformação social;

d) Reflexões sobre os dilemas e limites para a regulação estatal e as tensões presentes face aos mecanismos de autorregulação;

e) A sempre atual discussão sobre liberdade, autonomia e limites contratuais.

Os artigos apresentados no GT Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação e agora apresentados nesta coletânea são o resultado de pesquisas de alto nível, que refletem o estado da arte no debate sobre Direito & Economia. Fica, então, o convite para que leitoras e leitores reflitam junto e reverberem as inquietações aqui trazidas. E que se juntem ao rico e saudável diálogo que é marca registrada do Conpedi.

Aproveitem as leituras!

Prof. Marcus Firmino Santiago, PhD.

Instituto Brasiliense de Direito Público

O TRÁGICO COMPARTILHAMENTO DE COMPETÊNCIAS NO SANEAMENTO BÁSICO

THE TRAGIC SHARING OF COMPETENCES IN BASIC SANITATION

Daniel Derenusson Kowarski

Resumo

A tragédia do bem comum ocorre em função da superexploração do bem, que leva a sua deterioração. No caso do bem anticomum, conforme o modelo proposto por Heller, a tragédia consiste na subutilização do bem. Tal raciocínio pode ser utilizado para estudar a divisão de competências do saneamento básico. Mesmo após a fixação da titularidade do serviço pelo Supremo Tribunal Federal, a composição de interesses entre os titulares demanda uma atuação coordenada, com interesses nem sempre convergentes. Assim, é necessário pesquisar mecanismos para promover a cooperação entre os atores, de forma a trazer maior eficiência ao setor.

Palavras-chave: Direito ambiental, Saneamento básico, Regulação, Compartilhamento de competências, Tragédia dos anticomuns

Abstract/Resumen/Résumé

The tragedy of the commons is due to the overexploitation of the good, which leads to its deterioration. In the case of the anti-commons, according to the model proposed by Heller, the tragedy consists in its underutilization. Such reasoning can be used to study the division of competencies in basic sanitation. Even after the establishment of ownership of the service by the Supreme Court, the composition of interests among the holders demands a coordinated action, with interests that are not always convergent. Thus, it is necessary to research mechanisms to promote cooperation, to bring greater efficiency to the sector.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Environmental law, Sanitation, Regulation, Sharing of competences, Tragedy of the anti-commons

1. Introdução

Considerando que o saneamento básico é uma das fundamentais infraestruturas das cidades, sua carência representa não somente um prejuízo à saúde pública, como também um grave problema ambiental urbano. A falta dos serviços de esgotamento sanitário e do manejo de resíduos sólidos causa diretamente poluição ambiental. Em 2018, conforme dados disponibilizados pelo IBGE (2019), 66,3% dos domicílios possuíam rede geral de esgotamento sanitário ou fossa ligada à rede e 83% tinham o lixo coletado diariamente. O atraso rumo à universalização representa um grave prejuízo ao meio ambiente.

Para solucionar o problema do déficit do saneamento, é importante analisar as causas, até para evitar que possíveis equívocos sejam perpetuados. Dentre as possíveis causas, é possível apontar a indefinição do papel do Estado, se atuaria diretamente, ou se delegaria o serviço para algum particular.¹ Além disso, é plausível mencionar a falta de ordenação do solo urbano pelos Municípios o que é um importante fator de atraso, uma vez que o grande avanço da favelização, sem obedecer a qualquer traçado urbano, impõe desafios para os prestadores do serviço de saneamento.²

Outro fator que pode explicar o atraso diz respeito à diversidade de atores que podem atuar, nas três esferas federativas, sejam como prestadores, financiadores, fiscalizadores ou reguladores. Outros serviços públicos, como energia elétrica e telecomunicações têm competências delimitadas de maneira mais clara na Constituição Federal³. Enquanto isso, o Marco Legal do Saneamento Básico foi editado apenas em 2007 e a titularidade do serviço foi somente definida pelo Supremo Tribunal Federal em 2013, inserindo não apenas o Município como titular, mas também, quando existente, a região metropolitana. A diversidade de atores acaba gera um problema escolha pública, pois ao mesmo tempo que eles devem promover o

¹ O serviço de saneamento básico já foi concedido à iniciativa privada na época do Império. A partir da década de 1970, pensava-se que caberia ao Estado a prestação do serviço composição, época em que foram criadas as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs). Com a reforma do marco legal do saneamento em 2020, aponta-se hoje como principal opção a atuação da iniciativa privada, uma vez que as CESBs não podem mais celebrar contrato de programa com dispensa de licitação.

² O grande e crescente quantidade de aglomerações informais nas cidades brasileiras que gera um desafio de arranjo das inúmeras infraestruturas urbanas. Nesse ponto, o Município tem um papel principal, de limitação do crescimento das favelas, de delimitação do traçado urbano oficial nas áreas informais, para que os serviços públicos possam atuar regularmente.

³ De acordo com o art. 21, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações. Conforme o art. 21, XII, b), cabe à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão “os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.”

serviço, podem também indiretamente coibir a tentativa do outro ente em promover o saneamento.

Nesse ponto, conforme previsto por Ronald Coase, por meio de seu teorema demonstrado na década de 1960, é importante ressaltar a importância da definição dos direitos de propriedade para a eficiência econômica. De acordo com Coase, somente é possível obter resultados neoclássicos de mercados eficientes quando não há custos de transação, entretanto, quando estes custos são consideráveis, as instituições passam a ter importância (NORTH, 1994, p. 9-10).

Será que a complexidade criada pela estrutura federativa brasileira, na qual foi inserido o saneamento básico como de competência comum dos entes, sem uma definição precisa, serviu como causa do atraso no saneamento básico? Será que o Lei nº 14.026/2020, ao inserir a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) como reguladora federal, tratando-se de mais uma entidade, poderá aprimorar ou dificultar a promoção do saneamento básico?

Nesse ponto, a partir do referencial teórico da tragédia do anticomum construída por Michael Heller, buscar-se-á analisar uma possível relação de causalidade entre a indefinição das atribuições do serviço público saneamento básico e o atraso no seu desenvolvimento.

2. A tragédia do bem comum

Para compreender o que a tragédia da propriedade anticomum, primeiro é relevante entender o que é a tragédia do bem comum. Bem comum é aquele que todos podem utilizá-lo e ninguém pode impedir o seu uso.⁴ De forma abstrata, ao considerar que cada pessoa racional e autointeressada busca maximizar seu ganho pessoal, a tendência na utilização de um bem comum é seu completo esgotamento, pela excessiva exploração (HARDIN, 1968, p. 1244).

Apesar da problemática da superexploração do bem comum já ter sido analisada desde Aristóteles e outros, Garret Hardin se tornou famoso ao explicar o assunto. Hardin, cita como exemplo um pasto público sob a perspectiva do pastor racional, no qual cada pastor recebe um ganho quando aumenta o número de animais e tem um custo futuro compartilhado por todos da superutilização do pasto. Dessa forma, o pastor tem um incentivo de obter maiores ganhos se aumentar o número de seu rebanho e compartilha por todos o custo da superprodução. A tragédia é que “cada homem está preso num sistema que o obriga a aumentar seu rebanho sem

⁴ Ostrom diferencia os bens públicos dos bens comuns. Enquanto o bem público não é limitado, o bem comum é escasso. Entretanto, ambos possuem o problema do carona (free-rider) (OSTROM, 2015, p. 2).

limites - em um mundo que é limitado” (HARDIN, 1968, p. 1243-1246). O mesmo autor ressalta ainda que a liberdade dos bens comuns leva todos à ruína.

Hardin aplica o mesmo raciocínio para a poluição. A medida em que as pessoas racionais autointeressadas pratiquem suas atividades e tenham incentivos para poluir, em razão do lucro, irão continuar poluindo. Com a sobreutilização por meio de atividades poluidoras, corre-se o risco de degradar o meio ambiente por completo (HARDIN, 1968, p. 1245).

Como solução, Hardin sugere a coerção, sejam coerções mútuas, ou coerção pelo Estado, por meio de multas ou tributos, para internalizar a externalidade. Outra solução proposta seria por meio da propriedade privada. (HARDIN, 1968, p. 1245-1248)

Elionor Ostrom analisa o problema dos bens comuns, entretanto busca apresentar soluções para evitar a tragédia de superexploração. Ostrom ressalta que o modelo da tragédia do bem comum, assim como do dilema do prisioneiro e da ação coletiva, são simplificações abstratas da realidade e suas aplicações precisam ser feitas com cautela. Ostrom cita a solução de um Estado forte para o problema do bem comum possui pontos problemáticos, como o déficit de informação para coibir as condutas lesivas. Da mesma forma, a solução pela privatização como um único caminho pode ser complexa em certos casos, como no compartilhamento de locais de pesca, em que não há como delimitar a propriedade única do local. Dessa forma, Ostrom menciona ainda a necessidade de buscar mecanismos de cooperação para buscar superar o risco da tragédia (OSTROM, 2015, p. 8-20).

3. A tragédia do bem anticomum

Existe também outro fenômeno um pouco similar à tragédia do bem comum, explorado por Michael Heller, no qual o risco não é a utilização excessiva do bem, mas a sua subutilização. Heller verificou um fenômeno que ocorreu na Rússia após a queda do comunismo, onde as lojas de departamento ficaram vazias, ao mesmo tempo em que havia uma proliferação de quiosques nas ruas. Heller notou que enquanto para explorar uma loja comercial era necessário o aval de diversos órgãos e entidades⁵, uma vez que cada uma destas exercia uma fatia de um direito de propriedade, estas também possuíam o direito de veto sobre a utilização do bem. Por outro lado, a exploração de quiosques era praticamente livre, como havia uma demanda por bens de consumo, a oferta desses bens foi realizada por meio dos quiosques (HELLER, 1998, 633-657).

⁵ Os direitos de propriedade sobre as lojas de departamento na Rússia pós-comunista foram divididos entre diversos órgãos governamentais, assim como sindicatos e grupos de trabalhadores.

Dessa forma, Heller notou um padrão de comportamento também em outros casos, como na exploração dos *komunalkas*⁶ grandes apartamentos que moravam as vezes quatro famílias. Enquanto os outros apartamentos que só possuíam uma família morando foram facilmente comercializados na Rússia pós-comunista, esses *komunalkas* continuaram sendo ocupados pelas famílias e tinham um preço reduzido. A razão dessa subutilização dos apartamentos foi que as quatro famílias que habitavam os apartamentos precisavam entrar em acordo para agrupar o apartamento como um único bem para vendê-lo, entretanto, caso uma família não quisesse vender, o bem ainda continuava dividido e com baixo valor (HELLER, 1998, 633-657).

O direito de propriedade é composto por uma série de direitos, como uso, gozo, dar em garantia e excluir a utilização de outros.⁷ Em regra, o proprietário tem o domínio completo do bem, possui um conjunto de direitos sobre o bem, assim como o regramento da propriedade impede a decomposição extrema do bem, para permitir o seu útil aproveitamento. Por outro lado, o bem anticomum ocorre quando existem múltiplos donos, os quais possuem o direito de exclusão da utilização, com o risco de subaproveitamento do bem (HELLER, 1998, p. 684-685).

Outro padrão de subutilização de bens comuns citado por Heller ocorreu no Japão, após o terremoto de Kobe em 1994. As obras para as reformas das ruas demoraram muitos anos, mesmo se tratando de um país reconhecidamente eficiente. Isso ocorreu porque em razão da forma com que o direito de propriedade na região era dividido e sobreposto, diversos locatários, arrendatários e proprietários precisavam concordar com a obra pública. Caso algum desses titulares questionasse a obra, ela era paralisada (HELLER, 1998, p. 684-685).

O surgimento do anticomum não necessariamente é trágico. Primeiro, porque num mundo sem custos de transação, os donos podem rearranjar os direitos por meio de barganha e os recursos podem ser utilizados na sua forma mais valiosa e eficiente. Mesmo com custos de

⁶ De acordo com Heller, os *komunalkas* consistiam em enormes apartamentos comunais, cuja ocupação era repartida entre diversas famílias. Cada família ocupava um quarto e elas compartilhavam as áreas comuns, como sala, cozinha e área de serviço. Com a queda do comunismo russo em 1991, as famílias que ocupavam o apartamento adquiriram os direitos de propriedade sobre parte do *komunalka*. Contudo, conforme apontado por Heller, as famílias tiveram dificuldades para negociarem suas partes, uma vez que o bem inteiro tinha muito mais valor de mercado que cada quarto (HELLER, 1998, 633-657).

⁷ Heller menciona a lista de Anthony Maurice Honoré com 11 tipos de direitos que compõe o direito de propriedade: "(1) the right to exclusive possession; (2) the right to personal use and enjoyment; (3) the right to manage use by others; (4) the right to the income from use by others; (5) the right to the capital value, including alienation, consumption, waste, or destruction; (6) the right to security (that is, immunity from expropriation); (7) the power of transmissibility by gift, devise, or descent; (8) the lack of any term on these rights; (9) the duty to refrain from using the object in ways that harm others; (10) the liability to execution for repayment of debts; and (11) residual rights on the reversion of lapsed ownership rights held by others." (HELLER, 1998, p. 684-685).

transação, as pessoas podem superar o anticomum por meio de transações privadas. Entretanto, em algumas situações porque a parte pode querer ter um comportamento estratégico malicioso. (HELLER, 1998, p. 673-676).

Em segundo lugar, conforme a analogia de Elinor Ostrom, é possível desenvolver um sistema informal de normas efetivas para haver acordo na utilização do bem comum de maneira racional. Isso também é aplicável para o bem anticomum, por meio de um uso eficiente, informal da propriedade, podendo desenvolver valores comunitários, como a cooperação com os diversos moradores dos *komunalkas* (HELLER, 1998, p. 673-676).

Em terceiro, alguns recursos podem ser mais eficientes se forem anticomuns. Heller cita como exemplo um condomínio de casas na qual cada um tem sua casa particular e todos tem um poder de veto para restringir alterações na comunidade. Isso pode aumentar o valor da propriedade, ao invés de criar externalidades negativas (HELLER, 1998, p. 673-676).

Após a criação do bem anticomum, os donos teriam duas possibilidades para reunir em conjunto os direitos: por meio dos mercados (acordos) ou pelos governos (regras). Por meio dos mercados, empreendedores podem se tornar dono dos conjuntos de direitos, negociando com todos os detentores. Entretanto, isso pode falhar, se os custos de transação excederem os ganhos ou se os donos se engajarem num comportamento estratégico, retendo-o para receber um bom prêmio de conversão. A solução através do mercado pode ser legais e ilegais. Pelos meios legais, comprando cada parte. Podem ser também feitas por meio ilegais. O problema do meio ilegal é a ineficiência econômica, por não viabilizar investimentos em longo prazo (HELLER, 1998, p. 677-680).

O meio alternativo para juntar os direitos é por intervenção do governo, redefinindo e alocando os direitos de propriedade. O governo nacional pode abolir direitos previamente garantidos, eliminar níveis de subordinação ou agências governamentais, expropriar ou condenar direitos existentes (HELLER, 1998, p. 673-687).

Custos de transação, resistências, rent-seeking podem prevenir a justificável conversão. Com o tempo, o mercado formal pode desenvolver mecanismos formais e informais para permitir que empresários organizem o conjunto de direitos. Mais diretamente, os governos podem pensar no regime de direitos por meio de reformas para alterar incentivos individuais em favor da reunião de direitos, ou podem arriscar a instabilidade que chega com a revogação excessiva de direitos de exclusão. Assim que é atingido o bem anticomum, os mercados e o governo podem falhar na tentativa de transformá-lo numa propriedade privada (HELLER, 1998, p. 673-687). Apesar de bem anticomum não necessariamente trágico, eles costumam trazer grandes dificuldades para a otimização dos recursos, num mundo com custos de

transação, comportamentos estratégicos e informações imperfeitas. O grau da possibilidade de a tragédia ocorrer vai depender da visão de cada um sobre a possibilidade de cooperação das pessoas. (HELLER, 1998, p. 673-687).

O raciocínio cunhado por Heller é extremamente valioso e pode ser aplicado em diversas outras situações, de forma a apontar estruturas criadas pelo legislador, que apesar de bem-intencionadas, podem, ao não delimitar adequadamente os direitos, criar situações ineficientes.

No caso do licenciamento ambiental brasileiro, Sampaio, De Lamare e Kloss notaram uma possível tragédia do anticomum, em razão da indefinição a respeito do responsável por licenciar a atividade potencialmente danosa ao meio ambiente. Previamente à Lei Complementar nº 140/2011 e ao Decreto 8.437/2015, havia uma grande insegurança sobre qual entidade era responsável. Em razão da indefinição legal quanto à competência do licenciamento, tanto a União, como os Estados e os Municípios competiam sobre quem teria a competência para licenciar empreendimentos possivelmente danosos ao meio ambiente. Esses múltiplos vetos acabam gerando uma ineficiência econômica, que pode produzir enormes impactos em toda a sociedade. De acordo com Sampaio, De Lamare e Kloss, “apenas a maturação desse novo regime no tempo poderá fornecer dados mais precisos sobre se, de fato, a tragédia dos antibens comuns está sendo superada” (2016, p. 177-200).

Relativamente ao saneamento básico, não foi possível encontrar estudos tratando do compartilhamento de competências, sob a ótica da tragédia do anticomum.

4. O trágico compartilhamento de competências sobre o saneamento básico no Brasil

O serviço do saneamento básico no Brasil não havia se desenvolvido na década de 1970, em razão das disparidades entre os municípios, pois apenas aqueles com mais recursos tinham capacidade de investir no setor (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 1974).

Nesse período não havia uma definição clara sobre a titularidade do serviço. Com o surgimento do PLANASA na década de 1970, considerava-se que o serviço era municipal, no entanto, para que os municípios recebessem recursos federais, oriundos do BNH, era necessário delegar o serviço para as Companhias Estaduais de Saneamento (CESBs). A partir desse momento, havia uma atuação de três esferas federativas no saneamento básico: i) União, com os recursos financeiros e uma coordenação do setor em nível nacional; ii) Estados, por meio da prestação do serviço pelas CESBs, podendo arrecadar recursos para o serviço, por meio de tarifas; iii) Municípios, que delegaram o serviço, mas em caso de eventual problema na

prestação do serviço, como não cumprimento do contrato de concessão, poderia rescindir o contrato (por meio de recurso ao Judiciário). Contudo, observava-se nesse momento uma forte centralização do serviço em nível federal.

Com a redemocratização e a Constituição de 1988, continuou a indefinição sobre a titularidade do serviço de saneamento básico. Apesar de a Constituição Federal ter definido no art. 21 que compete à União o estabelecimento das diretrizes gerais do saneamento básico, o art. 23 ressalta que é de competência comum de todos os entes federativos a promoção do saneamento básico:

Art. 21. Compete à União:

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

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

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

Dessa forma, a Constituição não definiu claramente a competência do serviço, o que fez surgir, após a promulgação da Carta Maior, diversos entendimentos. Marçal Justen Filho entendia que o serviço de abastecimento de água deveria ser estadual, em razão das águas também serem de atribuição dos estados (MARTINS, 2020, 153-186). Outros entendiam que quando fosse formada uma região metropolitana, o serviço de saneamento nessa área passava a ser de competência estadual (MARTINS, 2020, 153-186).

A partir da década de 1990 até o marco legal do saneamento básico ainda persistia a divisão do serviço em três esferas federativas. A União, por meio dos recursos da Caixa Econômica Federal, que herdou o financiamento do serviço, por meio de empréstimos. Os Estados continuaram a prestar o serviço pelas CESBs, podendo arrecadar recursos para o serviço, por meio de tarifas. Alguns Estados nessa época consideravam também como detentores de titularidade sobre o serviço, em razão da indefinição. Os Municípios continuaram delegando o serviço, por meio de contratos de concessão.

O Marco Legal do Saneamento (Lei nº11.445/07), editado em 2007, também não definiu a competência. Esse diploma, em conjunto com a Lei de Consórcios Públicos, previu dois mecanismos de delegação: i) por meio de consórcios públicos, no qual os Municípios se reúnem para criar uma pessoa jurídica de direito público, a fim de prestar o serviço; ii) por meio de convênio de cooperação, o qual autorizava a delegação, que era concretizada por meio dos

contratos de programa, modelo este que foi utilizado pelas CESBs para continuarem a prestar o serviço aos municípios.

A discussão somente foi resolvida em 2013 pelo STF, ao julgar a ADI 1842, por meio da qual estabeleceu que o serviço compete ao Município, contudo, caso exista uma região metropolitana, será de titularidade desta⁸. A decisão do STF sobre o assunto, apesar de ter buscado resolver o conflito de competências em relação ao saneamento, trouxe mais um ator ao setor, no caso a região metropolitana. Em razão da dificuldade de o município explorar sozinho, em razão do elevado custo das infraestruturas, e da conurbação das regiões metropolitanas, que compartilham infraestruturas urbanas, o STF entendeu que caso existam regiões metropolitanas, a competência do serviço passa comum a essa região.

Com essa nova configuração, a União continua como financiadora do saneamento, por meio de transferência de recursos sem contrapartida ou empréstimos. O Marco Legal do Saneamento previu que somente os municípios que tivessem plano de saneamento básico poderiam receber recursos federais.

⁸ Segue relevante trecho da ementa do acórdão da ADI 1842, a qual explica a divisão de competências estabelecidas sobre o saneamento básico no caso da formação de uma região metropolitana: “4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. 5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Relator: Min. Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Diário de Justiça, 16 set. 2013.

Por último, o novo marco legal do saneamento básico, Lei 14.026/2020, inseriu a ANA como a uniformizadora da regulação do saneamento básico, com poder de editar normas de referência sobre os mais variados temas.

A situação então hoje é a seguinte: i) em nível federal existe a ANA, como reguladora federal, além das entidades financiadoras como a Caixa Econômica Federal (CEF), Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), e da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) como fomentadora e promotora do saneamento rural; ii) em nível estadual, ainda existem as CESBs, prestando o serviço de maneira pública (e realizando uma pressão política contra a privatização do serviço), além das agências reguladoras estaduais; iii) em nível sub estadual: iii.a) as regiões metropolitanas, que podem exercer a titularidade, se existentes, com todos os direitos a ela inerentes; iii.b) também existe a prestação regionalizada do serviço, por meio de um agrupamento de Municípios, conforme previsto no NMLSB; iii.c) existe a possibilidade de delegação a uma entidade reguladora subestadual; iv) em nível municipal existe: iv.a) o Município, titular do serviço, que pode prestar diretamente o serviço; iv.b) pode haver um delegatário do serviço, prestando o serviço apenas no Município; iv.c) pode também existir uma entidade reguladora municipal.

Além disso, é importante ressaltar os diversos órgãos de controle, que podem impedir investimentos, em razão de possíveis questionamentos: i) Ministério Público Federal e Estadual podem não somente solicitar investimentos, mas impedir a realização de obras, celebração de contratos, entre outros; ii) Tribunal de Contas da União pode questionar as decisões da ANA em relação ao saneamento básico; iii) Tribunal de Contas dos Estados podem questionar a atuação da agência reguladora subnacional; iv) Tribunais de Contas dos Municípios (do Rio de Janeiro e de São Paulo), podem questionar a atuação da entidade da região metropolitana desses municípios; v) o Judiciário, por provocação do Ministério Público ou de outras entidades interessadas, pode interromper a promoção do serviço, por qualquer motivo que entenda cabível.

Segue o quadro resumo dos órgãos e entidades envolvidas direta ou indiretamente no saneamento básico:

Federal	Estadual	Subestadual	Municipal
ANA BNDES	CESBs	Região Metropolitana	Prestador Municipal

FUNASA	Agência	Entidade	Agência reguladora
CEF	Reguladora	reguladora	municipal
TCU	Estadual	Consórcio	Tribunal de Contas
Justiça Federal	TCE	público	do Município
MPF	MPE	Prestação	(apenas Rio de
	Justiça Estadual	regionalizada	Janeiro e São Paulo)

Como se pode analisar, existem diversos entes responsáveis por alguma parte do serviço e diversos desses entes possuem de alguma forma um poder de veto, seja econômico, seja por meio de uma necessária cooperação, seja por meio de um poder de cautela (Judiciário, Tribunal de Contas, agências reguladoras).

Essa complexidade acaba gerando um problema de ação coletiva. O saneamento básico é um dos poucos serviços públicos cuja competência é hipercompartilhada. O que chama a atenção é que esse serviço público, de caráter básico e fundamental, é justamente aquele que apresenta um grande atraso no seu desenvolvimento. O serviço de energia elétrica é de competência federal e possui uma larga cobertura, podendo ser considerado praticamente universalizado⁹. O serviço público de telecomunicações que também é de competência federal foi praticamente universalizado.¹⁰

É possível, com o referencial teórico do Heller considerar que foi criado uma tragédia do bem anticomum no saneamento básico no Brasil. Diversas dessas entidades podem vetar ou tentar barrar a prestação do serviço, seja por considerar a tarifa elevada ou baixa, seja em razão dos entes que deveriam cooperar, acabam não entrando em acordo. Como diversos atores podem exercer a competência, seja para fiscalizar, regular, financiar, isso acaba gerando um cenário complexo e inseguro.

Imagine um município que não integre uma região metropolitana. Esse ente tem a opção de prestar diretamente o serviço. Entretanto, em muitos casos, em razão do valor de investimento e da própria questão geográfica, o município não tem condições de prestá-lo. Assim, em tese ele deveria entrar em acordo com outros municípios, por meio de um consórcio público, ou poderia, antes da Lei 14.026/2020, aderir a uma CESB, por meio de um contrato de

⁹ De acordo com dados do IBGE, 99,5% dos domicílios tem acesso à rede de energia elétrica (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019).

¹⁰ De acordo com relatório da ANATEL, 94% da população da área urbana do país é coberta por telefonia móvel (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2021). Conforme dados do IBGE, 82% dos domicílios brasileiros tem acesso à internet ((INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2021)..

programa. Entretanto, existem custos de transação. Os prefeitos podem adotar comportamentos oportunistas¹¹, assim como os Estados¹². Em razão dos elevados custos de transação, os municípios acabam em diversos casos não conseguindo aderir. Por outro lado, os municípios podem tentar buscar recursos federais, entretanto, a União pode recusar a enviar, também em razão de comportamentos oportunistas. Os municípios pequenos não costumam atrair a atenção das empresas, em razão de não oferecerem receitas atrativas e dependerem de ajuda externa. Considerando que o Brasil possui atualmente 5560 municípios e boa parte desses municípios não tem recursos suficientes para todas as suas atividades, é possível imaginar a dimensão dessa tragédia. (BURGARELLI, 2014).

Um fato que vem sendo bem-visto por parte de alguns setores foi a inserção da ANA como reguladora nacional do saneamento básico. Entretanto, a inserção de um regulador federal nesse setor de competências híbridas e complexas, caso não haja uma estruturação adequada, com a devida coordenação e cooperação regulatória, poderá dificultar ainda mais o panorama do setor, por inserir mais uma entidade com poder de veto.

Conforme sugere Heller, existem duas saídas para a tragédia dos antibens comuns: pelo governo ou por meio de acordos privados. A saída consensual também pode ser pensada na estrutura do saneamento, mesmo considerando que será o próprio Estado que adotará uma postura de composição. Assim, deve-se estimular que os atores busquem atuar de maneira coordenada, seja em nível regulatório, seja em âmbito de agrupamento de municípios.

Uma possível solução governamental para o saneamento básico seria reunir as competências num único ente federativo, como o Estado, uma vez que os Municípios têm dificuldades para operarem separadamente. O problema é que implementar essa mudança é extremamente difícil, considerando a dependência da trajetória, em razão dos inúmeros grupos que já se beneficiam dessa modelagem.¹³

Como outra forma de atuação governamental, é possível mencionar a inserção da ANA como reguladora nacional do saneamento, por meio da recente Lei 14.026/2020. Entretanto,

¹¹ O prefeito de um município pode ser inimigo político de outro município vizinho. É possível que o prefeito queira algo em troca, até mesmo em razão de corrupção.

¹² O Governador ou os gestores das CESBs podem desejar algo em troca para integrarem o serviço. Os gestores da CESB pode ser inimigo político do prefeito.

¹³ De acordo com North, a dependência da trajetória pode representar um grande empecilho para a mudança das instituições. North ressalta que “As organizações políticas e econômicas que derivam de determinada matriz institucional tipicamente têm interesses em perpetuar a estrutura vigente. As complementariedades, economias de abrangência e externalidades complexas citadas anteriormente distorcem a mudança para favorecer os interesses das organizações existentes. Interesses dessas organizações, que produzem dependência da trajetória adotada, e os modelos intelectuais dos empresários, que produzem ideologias, “racionalizam” a matriz institucional vigente, e, por conseguinte, influenciam os atores no sentido de apoiar as políticas concebidas das organizações existentes.” (NORTH, 1994, p. 16).

ainda não se sabe qual será o papel da ANA na regulação do saneamento básico, se irá uniformizar de maneira *top-down*, estabelecendo regulações gerais nacionais, ou se irá atuar por meio *soft-laws* regulatórios, tentando induzir os reguladores subnacionais. O desafio regulatório ainda é enorme e incerto. Como sugestão, é possível conceber como condição de acesso à recursos federais que os municípios integrem blocos regionais, para viabilizar o serviço.

5. Conclusão.

É possível vislumbrar que um dos motivos do atraso no serviço do saneamento básico no Brasil se deu em razão do amplo compartilhamento de competências entre os diversos entes federativos, quando vários deles possuem direito de veto. A partir do momento em que havia uma indefinição sobre quem seria o titular do serviço, Estados e Municípios iniciaram disputas para definir quem deveria prestar o serviço. A ADI 1842 sacramentou que o serviço é de titularidade do Município, salvo se na região houver uma região metropolitana.

O novo marco do saneamento, com uma tentativa de uniformizar as regras, pode estar criando mais um complicador no setor, ao inserir mais uma agência reguladora. Trata-se de mais uma entidade que pode barrar de alguma forma a implementação do saneamento.

Como possível solução, é necessário pensar em mecanismos de coordenação entre os mais diversos atores. Uma solução mais radical seria alterar a modelagem do setor, atribuindo aos Estados a competência pelo serviço de saneamento, o que reduziria os custos de transação, entretanto, essa solução parece ser pouco viável em razão da dependência da trajetória.

Em relação aos entes reguladores, é possível considerar a opção de regulações conjuntas como forma de coordenação. Entre os diversos titulares, para que passem a prestar o serviço em conjunto, poder-se-ia vislumbrar uma regra de regionalização do serviço para que possam receber recursos federais.

Bibliografia.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações – Telefonia Móvel referente a 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/anatel-divulga-relatorio-da-telefoniamovel-relativo-a-2020>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Características gerais dos domicílios e dos moradores 2018. Brasília: 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101654_informativo.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Brasília: 2019. Disponível em: <[https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/abril/pesquisa-mostra-que-82-7-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet#:~:text=Em%202019%2C%20entre%20as%20183,estudantes%20\(75%2C8%25\).](https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/abril/pesquisa-mostra-que-82-7-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet#:~:text=Em%202019%2C%20entre%20as%20183,estudantes%20(75%2C8%25).>)>. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de

saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art6>. Acesso em: 12 ago. 2020.

_____. Fundação Nacional De Saúde. *Manual de Saneamento*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde. 2007, p. 11. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/ccz/files/2016/03/FUNASA-MANUAL-SANEAMENTO.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Relator: Min. Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, *Diário de Justiça*, 16 set. 2013.

BURGARELLI, Rodrigo. Estadão. Só 8% dos municípios brasileiros arrecadam mais do que gastam. São Paulo: 04 jan. 2014. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-8-dos-municipios-brasileiros-arrecadam-mais-do-que-gastam,174415e>>. Acesso em: 25 jul. 2021

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Plano Nacional de Saneamento – PLANASA – aspectos básicos. In *Conjuntura Econômica*, Vol. 28, 1974. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/download/69995/67524>>. Acesso em: 29 mai. 2021.

HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons”. *Science*, 13, Dec 1968: Vol. 162, Issue 3859, pp. 1243-1248.

HELLER, Michael A.. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition. From Marx to Markets, Harv. L. Rev. 111, no. 3 (1998): 621-88.

MARTINS, Ricardo Marcondes. A titularidade do serviço de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020. In: DAL POZZO, Augusto Neves. *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 153-186.

NORTH, Douglass C. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

OSTROM, Elinor. *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press, 2015.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha; DE LAMARE, Julia Macedo; KLOSS, Viviane Damato Otto. Regulação ambiental e a tragédia dos antibens comuns: análise da eficiência e efetividade aplicáveis ao regime de competência em matéria de licenciamento ambiental. In: *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 6, n. 1, 2016, p. 177-200.