

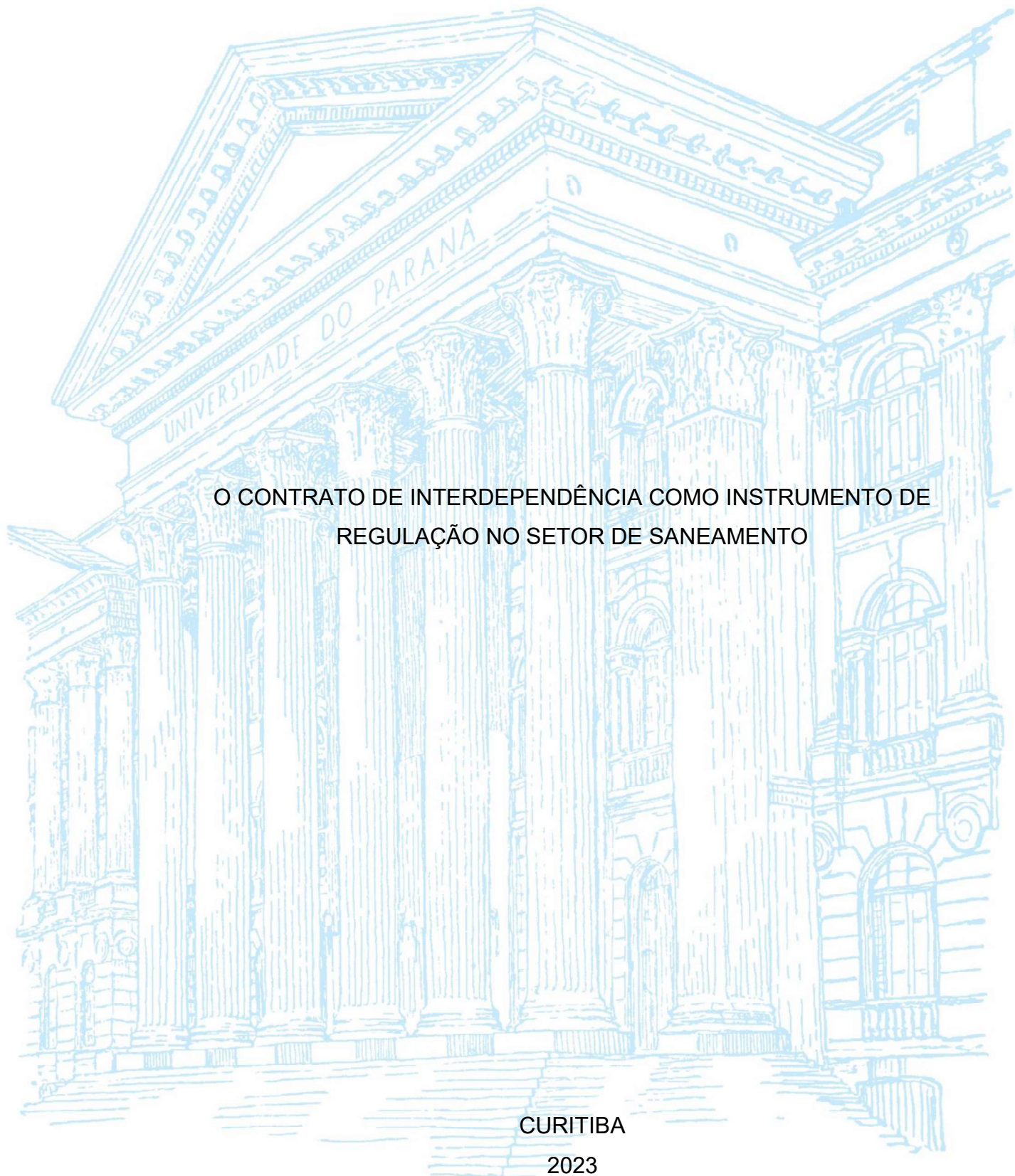
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME SOFFIATTI

O CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE
REGULAÇÃO NO SETOR DE SANEAMENTO

CURITIBA

2023



GUILHERME SOFFIATTI

O CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE
REGULAÇÃO NO SETOR DE SANEAMENTO

TCC apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

CURITIBA

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

O CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO NO SETOR DE SANEAMENTO

GUILHERME SOFFIATTI

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Egon Beckmann Moreira
Orientador

Coorientador



Rodrigo Luis Kanayama
1º Membro



Clóvis Alberto Bertolini de Pinho
2º Membro

RESUMO

O setor de saneamento tem demonstrado rápido crescimento em complexidade jurídica e pluralidade de atores, o que tem exigido mecanismos de regulação cada vez mais eficientes e responsivos. Assim, para além da atuação das agências reguladoras independentes, agora também coordenadas pela ANA, se faz cada vez mais necessária a utilização de instrumentos de regulação mais próximos da realidade local, como os contratos. Com a promulgação do novo marco regulatório e o incentivo à participação privada no setor, as companhias estaduais de saneamento têm buscado diferentes estratégias para manter a prestação enquanto avançam em direção à universalização. Em conformidade com a nova legislação, alguns estados têm optado por manter a sua companhia na prestação do serviço de produção de água, delegando à iniciativa privada somente a distribuição do ativo. Entretanto, este novo modelo de prestação exige a utilização de um tipo contratual específico, o contato de interdependência. Em razão disso, o presente trabalho pretendeu analisar o fenômeno da regulação contratual no setor de saneamento após a edição da Lei nº 14.026/2020, dando especial ênfase ao instrumento do contrato de interdependência. Para isso, partiu-se de um breve panorama histórico acerca da regulação no setor, até a promulgação do atual marco regulatório. Em seguida, explicitou-se as peculiaridades da regulação por meio de contratos, diferenciando-a da regulação discricionária. Então foi apresentado o modelo fracionado de prestação dos serviços de saneamento (*unbundled*) e a espécie contratual adequada para a sua regulação. Por fim, é abordada a utilização desta modelagem no caso concreto, apresentando o caso CEDAE, com especial enfoque ao seu contrato de interdependência e a análise promovida pela Procuradoria Estadual.

Palavras-chave: Saneamento básico; Regulação por contratos; Contrato de interdependência.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 O PERCURSO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO NO BRASIL	6
3 O SETOR DE SANEAMENTO E A REGULAÇÃO POR CONTRATOS	11
4 NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO: DA SEGREGAÇÃO À INTERDEPENDÊNCIA	15
5 ASPECTOS PRÁTICOS QUANTO A UTILIZAÇÃO DO CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA: O CASO CEDAE.....	21
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	25
REFERÊNCIAS.....	28

1 INTRODUÇÃO

Em junho de 2020 foi promulgada a Lei nº 14.026, popularmente chamada de “Novo Marco Regulatório do Saneamento”, em razão de ter ocasionado profundas mudanças em toda a legislação pertinente ao setor. As mudanças empreendidas pelo marco implicaram a adoção de uma nova lógica de prestação do serviço de saneamento, pautada principalmente pelos objetivos de (i) universalização do serviço; (ii) regionalização da prestação e; (iii) ampliação da concorrência e investimentos privados.

Até a promulgação do novo marco, cerca de metade da população brasileira não tinha acesso à rede de esgoto e só metade do percentual recolhido pelas prestadoras do serviço era devidamente tratado. Apenas 84% da população possuía acesso a água tratada.¹ Pode se dizer, portanto, que a legislação surgiu a partir do reconhecimento da incapacidade das empresas estatais de saneamento prestarem um serviço adequado e que atenda a todos os brasileiros. Incapacidade devida principalmente à escassez de recursos para a realização de obras de ampliação da infraestrutura.

Considerando este cenário, o art. 11-B da Lei nº 14.026/2020 instituiu objetivos de universalização do serviço, que deverão ser atingidas por todos os prestadores, sejam eles entes públicos ou privados. Trata-se da meta de fornecimento de água tratada a 99% da população, bem como coleta e tratamento adequado de esgoto a 90% dos brasileiros, até 31 de dezembro de 2033. Por óbvio a norma fez surgir a necessidade de vultuosos investimentos em infraestrutura, exigindo das companhias estaduais uma disponibilidade orçamentária praticamente impossível, de modo a favorecer a entrada de operadores privados no mercado de saneamento.

Com este claro incentivo à ampliação da participação privada no setor, a tendência é que o fenômeno da regulação contratual ganhe cada vez mais força. Isso porque, não somente o marco regulatório veda a prestação de serviços de saneamento por meio dos tradicionais contratos de programa, como institui a exigência de processo licitatório prévio, isso implica que as “regras do jogo” deixarão de ser estabelecidas predominantemente pelos entes reguladores para serem

¹ **NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO: MAPEAMENTO DA DEMANDA INDUSTRIAL**. BNDES. Set., Rio de Janeiro, v. 28, n. 55, p. 113-178, mar. 2022. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/22467/3/PR_BS_v28_n55_Saneamento_parte%201_.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2023.

delineadas ainda na fase de modelagem do projeto e concretizadas por meio dos contratos de concessão e toda a rede de instrumentos jurídicos coligados que tem se espreado pelo setor.

Com este plano de fundo, o presente trabalho pretendeu analisar o fenômeno da regulação contratual no setor de saneamento após a edição da Lei nº 14.026/2020, dando especial ênfase ao instrumento do contrato de interdependência, utilizado para conectar e regular a rede contratual que envolve a prestação dos serviços de saneamento na modalidade fracionada.

Para isso, partiu-se de um breve panorama histórico acerca da regulação no setor, até a promulgação do atual marco regulatório. Em seguida, explicitou-se as peculiaridades da regulação por meio de contratos, diferenciando-a da regulação exercida pelas agências reguladoras independentes. No terceiro capítulo, foi apresentado o modelo fracionado de prestação dos serviços de saneamento (*unbundled*) e a espécie contratual adequada para a sua regulação (o contrato de interdependência). Por fim, foi abordada a utilização desta modelagem no caso concreto, apresentando o caso CEDAE, com especial enfoque ao seu contrato de interdependência e a análise promovida pela Procuradoria Estadual.

No desenvolvimento da pesquisa foram realizados levantamento e análise bibliográfica de textos relativos às temáticas de saneamento básico e regulação de serviços públicos. Além disso, as exposições aqui presentes foram também ilustradas por meio de dados estatísticos, pautados em pesquisas desenvolvidas pelos autores consultados e informações constantes no Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento.

2 O PERCURSO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO NO BRASIL

Nos primórdios do direito do saneamento brasileiro, os serviços de saneamento básico - compreendidos nesse período principalmente pela distribuição de água e, em menor medida, pela coleta de esgoto - era prestado individualmente pelos municípios, por meio das SAE (Secretaria de Água e Esgoto) ou DAE (Departamento de Água e Esgoto). Há época, uma parcela muito pequena da população brasileira efetivamente possuía acesso a saneamento básico e a regulação setorial era praticamente inexistente.

Em razão disso, ainda na década de 1970, reconhecendo que o serviço de saneamento estava sendo mal operado pelos municípios, o Governo Federal implementou o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA). Além de condicionar o acesso dos municípios a recursos federais - por meio do BNH (Banco Nacional de Habitação) -, à adesão do plano desenvolvido em âmbito federal, o PLANASA estimulava que a operação do serviço de saneamento se desse por meio de empresas estatais. Em outras palavras, o governo federal pretendeu atribuir aos estados da federação o serviço de saneamento, visando uma prestação coordenada, levando saneamento básico a um número maior de municípios. Pode-se dizer que este foi um primeiro e bastante contido esforço de regionalização do saneamento.

Neste período histórico, não apenas a prestação do serviço era integralmente realizada por companhias estaduais de saneamento, sob investimento do Banco Nacional de Habitação (BNH), como também a regulação do setor era extremamente centralizada. À época, o que se poderia chamar de regulação, ainda não amadurecida e instituída formalmente, submetia-se integralmente ao Ministério do Interior, que compreendia em sua estrutura o próprio BNH.² Contudo, o principal foco dessa regulação foram aspectos econômico-financeiros, relegando a competência quanto às demais decisões às próprias estatais.

Mais tarde, após a extinção do BNH e avançadas as pautas de fortalecimento da fiscalização e regulação sobre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, a Lei nº 11.107/2005 (Lei de Consórcios Públicos), por meio do art. 13º, §3º, expressamente vedou a prática de encarregar as empresas estatais do exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por elas próprias prestados, como era comum no modelo anterior de contratação intra-administrativa da era PLANASA.³

Visando essa necessidade de controle externo, o modelo seguinte de regulação, que sucedeu a autorregulação das estatais e regeu o direito do saneamento anterior à edição da Lei nº 14.026/2020, ainda sob vigência da Lei nº 11.445/2007, teve por

² **PLANASA e o novo marco legal do saneamento: semelhanças, diferenças e aprendizado.** FGV IBRE. Disponível em: https://blogdoibre.fgv.br/posts/planasa-e-o-novo-marco-legal-do-saneamento-semelhanças-diferenças-e-aprendizado#_ftn1. Acesso em: 03 dez. 2023.

³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Nova regulação do saneamento básico: da regulação local às normas de referência. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 148.

base a autonomia dos entes federativos - sobretudo dos municípios, titulares legitimados do serviço de saneamento - e a atuação de uma infinidade de agências reguladoras, fossem elas estaduais, municipais, intermunicipais ou distritais, sem qualquer tipo de coordenação ou diálogo.

O florescimento das agências reguladoras neste período não foi exclusividade do setor de saneamento. A partir da década de 1990 o Direito Público brasileiro foi também impactado pelo que se pode chamar de um fenômeno global, a “onda de americanização do direito”.⁴ Para além da crescente de privatizações e liberalizações, esse fenômeno impacta na incorporação do modelo de regulação por agências reguladoras independentes, o que ocasionou a concentração e descentralização dos emissores de comandos normativos.⁵ Isso significa dizer, a competência normativa do poder Executivo, ainda que diminuta, espalhou-se por uma rede de autoridades independentes e autônomas, detentoras também de competência fiscalizatória e sancionadora.

Este cenário de concentração sem centralização, somado à particularidade do setor de saneamento - cuja titularidade do serviço é municipal -, impactou numa enorme fragmentação de poder, sem qualquer harmonia ou coordenação entre os reguladores. Em resumo, o projeto regulatório da Lei 11.445/2007 - estruturado por meio de entidades reguladoras infranacionais -, resultou na já esperada frustração de um ideal um tanto ingênuo do legislador nacional, que confiou à lei a solução para um problema essencialmente político e financeiro.

Isso porque, apesar de legalmente dotados de autonomia para evitar interferências políticas, em muitos casos, a administração local é incapaz de garantir aos seus entes reguladores a estrutura e investimentos que proporcionem conhecimento técnico e mecanismos de repressão eficientes. A atividade regulatória - sobretudo a eficiente e responsável - implica em custos e a sua distribuição em um cenário municipal ou local torna-se bastante onerosa. Importante ressaltar também, é justamente no cenário político municipal, sobretudo dos municípios interioranos e

⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. **Revista de Direito Público da Economia – RDP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12726>>. Acesso em: 05 abr. 2023.

⁵ *ibid.*

com estrutura administrativa mais enxuta, que usualmente ocorre maior pressão dos órgãos políticos sobre os reguladores.⁶

Não obstante, o texto da Lei nº 11.445/2007 - com a atual redação dada pela Lei nº 14.026 -, mantém os municípios como titulares do serviço público de saneamento, de modo a incumbir-lhes o dever de definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização, conforme art. 8º, § 5º, do novo marco. Nesse contexto, é importante ressaltar que o texto expresso da lei não exige a indicação de uma agência reguladora em sentido estrito, mas requer que seja uma “entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira” (art. 21º).

Além de prezar pela consensualidade entre os titulares dos serviços na definição do ente regulador independente que irá regulá-los, a nova legislação prevê a possibilidade de delegação da atividade de regulação a uma entidade reguladora sediada em outro estado da federação. Está hipótese está resguarda às situações em que (i) não existir no estado do titular agência reguladora constituída que tenha aderido às normas de referência da ANA; (ii) a agência escolhida seja mais próxima à localidade do titular do serviço; e (iii) houver anuência da agência reguladora escolhida, que poderá cobrar ainda uma taxa de regulação diferenciada.

A previsão é bem-vinda diante da lógica de prestação do serviço de saneamento – principalmente tratando-se de captação de água e esgotamento sanitário – que implica na utilização de uma complexa e extensa infraestrutura que, não raramente, transpõe os limites territoriais de um município. Em outras palavras, a prestação do serviço de saneamento frequentemente exige a cooperação entre diversos entes federativos, seja para a implementação de uma infraestrutura coligada ou para o estabelecimento de um sistema de subsídios cruzados que viabilize uma modelagem econômico-financeira eficiente e menos onerosa aos usuários. Essa lógica implica

⁶ Pesquisa realizada pelo instituto Trata Brasil em parceria com a Abar relata que 84% (oitenta e quatro por cento) dos funcionários de carreira das agências reguladoras de saneamento entrevistados pela pesquisa apontaram a interferência política como um desafio de grande relevância. Os dados são abordados no texto: SANDOVAL, Daniela; GRANDIZOLI, Thais Rey. A evolução das agências e a segurança jurídica nas decisões regulatórias. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 196.

num modelo de regulação multinível e multifontes,⁷ em que diversos agentes reguladores exercem seu papel sobre um mesmo objeto simultaneamente.

Atualmente a Agência Nacional de Águas e Saneamento dialoga com 86 (oitenta e seis) instituições que regulam isolada ou conjuntamente os serviços de saneamento básico.⁸ Conforme a agência nacional, o número - que já é bastante expressivo - não contempla a totalidade das entidades atuantes no setor, sendo apenas as que constam da mala direta da ANA e que têm efetivamente participado das discussões sobre as normas de referência. Os dados por si só revelam a necessidade de coordenação e elaboração de uma espécie de consenso mínimo entre as dezenas de entes reguladores atuantes no setor.

Em razão disso, e com o objetivo de promover uniformidade e segurança regulatória e administrativa, a Lei nº. 14.026/2020 alterou o texto da Lei nº 9.984/2000 (lei de instituição da ANA), de modo a ampliar significativamente a competência da agência. Após a promulgação do novo marco regulatório, a ANA passa a ter a importante tarefa de editar normas de referência nacionais para o setor de saneamento, segundo os parâmetros e para os fins definidos nas próprias leis nº 9.984/2000 e nº 11.445/2007, com a redação dada pelo novo diploma. A nova importância conferida à Agência Nacional de Águas e Saneamento vai além da uniformização da regulação, mas cabe a ela também o dever de promoção de uma cultura regulatória em nível local, atuando supletivamente onde a regulação for insuficiente e, acima de tudo, permitindo que haja, em nível local, bons reguladores.⁹

A despeito do trabalho hercúleo atribuído à Agência Nacional de Águas e Saneamento, o setor historicamente vem demonstrando rápido crescimento em complexidade jurídica e pluralidade de atores, o que exige mecanismos de regulação cada vez mais eficientes e responsivos. Não bastasse, o setor é intrinsecamente dotado de grande assimetria de informações, visto que as informações – sejam elas econômicas, geográficas ou socioculturais – e as premissas para se pensar a

⁷ O tema da regulação multinível e multifontes no setor de saneamento é abordado em MOREIRA, Egon Bockmann. **Novo Marco do Saneamento: dois anos de desafios regulatórios**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/novo-marco-do-saneamento-dois-anos-de-desafios-regulatorios-19072022>. Acesso em: 27 fev. 2023.

⁸ **Entidades Infranacionais**. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais>. Acesso em: 09 jan. 2023.

⁹ GUIMARÃES, 2022, p. 152.

prestação do serviço variam expressivamente de uma região para outra.¹⁰ Sendo assim, para além da atuação das agências reguladoras municipais e regionais - coordenadas pela agência nacional - se faz necessária a utilização de instrumentos de regulação ainda mais próximos da realidade local, notadamente, os contratos.

3 O SETOR DE SANEAMENTO E A REGULAÇÃO POR CONTRATOS

Historicamente, desde a introdução do modelo de regulação por agências reguladoras independentes, os serviços públicos no Brasil têm sido submetidos a uma lógica de regulação dupla, que combina a regulação discricionária (exercida pelas agências independentes) com as próprias disposições contratuais que regem a prestação. Significa dizer, se as agências reguladoras atuam nas lacunas e na interpretação das cláusulas contratuais, é também verdade que a regulação das agências é refinada pelos contratos, que descem aos mais específicos detalhes da relação jurídica. Trata-se de uma via de mão dupla.

A título diádico, para a compreensão dos referidos modelos de regulação, mostra-se útil a adoção dos conceitos elaborados por Joisa Dutra e Gustavo Loureiro: regulação contratual seria a *“disciplina normativa que, versando sobre um tópico específico do serviço, encontra-se positivada no instrumento formalizador da concessão (“o contrato”) e que, além disso, cobre todos os elementos mais relevantes do tópico em questão, por meio de textos que coíbem a formulação de interpretações muito discrepantes entre si”*. A regulação discricionária (por agência independente), por sua vez, corresponde à situação em que há *“um sujeito especificamente dotado de competências para disciplinar o serviço, competências essas estabelecidas em normas superiores (leis) as quais lhe estabelecem parâmetros materiais e procedimentais para o exercício das atividades de regulação e fiscalização do serviço público que foi concedido por meio de um instrumento contratual”*.¹¹

Nesse sentido, se por um lado a regulação por contrato é mais clara, específica e previsível, por outro, a atividade regulatória desenvolvida pelas agências

¹⁰ HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael. O regime jurídico de transição no novo marco legal do saneamento (Lei 14.026/2020). In: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 89.

¹¹ DUTRA, Joisa; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Regulação contratual ou discricionária no saneamento**. Jota (online). Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-contratual-ou-discricionaria-no-saneamento-05042021>>. Acesso em 03 dez. 2023.

independentes - dado o seu caráter discricionário - possui uma maior elasticidade que comporta situações imprevistas e imprevisíveis.¹² Muito embora os instrumentos contratuais representem a segurança jurídica necessária para disciplinar a atividade dos agentes econômicos em relações de longo prazo, inclusive acompanhando mudanças conjunturais e prevendo mecanismos de adequação de comportamento, há que se ressaltar a sua natural incompletude, muitas vezes eles próprios contendo remissões às noras da agência reguladora competente.¹³ A regulação discricionária, por sua vez, implica a consideração de custos, bem como o risco de pressões externas, o chamado risco de captura.¹⁴

A despeito da sua inerente incompletude, Thiago L. Breus, ao tratar da contratação pública estratégica, aponta os contratos públicos como eficientes instrumentos de regulação e realização de políticas públicas horizontais (ou secundárias) que permitem satisfazer, de forma concreta, políticas gerais - incluindo-se as objetivadas pelas normas setoriais emitidas pelas entidades reguladoras competentes -, bem como para internalizar eventuais externalidades positivas provocadas pelos contratos públicos, sem recurso a instrumentos impositivos.¹⁵ Sendo assim, com o emprego da via consensual na concretização dessas políticas, ganha pertinência a ideia de regulação direta e indireta por meio da contratação pública. Assim ilustra o autor:

Tal função é realizada por meio dos contratos públicos (regulação por contrato, quando a administração, pela via contratual, dentre outras situações, estabelece deveres contratuais não exclusivamente voltados ao objeto mediato, quer dizer, o contrato *per se*, promove definição e a implementação de normas regulatórias aplicáveis à relação contratual.¹⁶

¹² ANDERÁOS, A. O desenho regulatório do novo marco legal do saneamento básico no Brasil e a aparente dicotomia entre a regulação contratual e discricionária. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 7 nº 2, outubro 2021, p. 43.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de; D'OLIVEIRA, Rafael Daut. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 - Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 42.

¹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 11, n. 44, Belo Horizonte, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98978>>. Acesso em: 04 dez. 2023.

¹⁵ BREUS, Thiago Lima. **Contratação pública estratégica: o contrato público como instrumento de governo e de implementação de políticas públicas**. São Paulo: Almedina, 2020, p 212.

¹⁶ *Ibid.*

Contudo, é importante ressaltar que a internalização de externalidades no próprio instrumento contratual requer a prévia avaliação quanto ao seu fundamento legal, à causa sistemática, à pertinência e ligação ao objeto do contrato, além da ponderação sob a ótica do princípio da proporcionalidade. Isso sob pena de, em casos extremos, a tentativa de inclusão de objetivos secundários para realização de políticas horizontais desviar a função principal do próprio contrato.¹⁷

Nesse sentido, voltando-se especificamente ao setor de saneamento, até a promulgação do novo marco legal tinha-se um cenário em que a prestação dos serviços se dava massivamente por meio das empresas estatais de saneamento¹⁸ e, majoritariamente por meio de contratos de programa. Consequentemente, o modelo de regulação sobressaliente até então vinha sendo a regulação discricionária. Isso porque, grande parte dos contratos vinculados à prestação dos serviços de saneamento costumava ser bastante reduzida em número e complexidade de cláusulas, conferindo maior espaço de interpretação e exigindo maior fiscalização pelas agências reguladoras.

Por outro lado, nos casos em que os serviços de saneamento são prestados por um agente privado, a regulação contratual ganha maior relevância. Tratando-se de uma prestação delegada a um privado por meio do instituto da concessão (seja ela no modelo comum ou PPP), o contrato torna-se o principal instrumento a regular a prestação do serviço, pois define as regras do jogo, inclusive as normas de reajuste e de revisão de tarifas, reduzindo a discricionariedade da atuação das entidades reguladoras independentes. Essa definição prévia de aspectos regulatórios por meio do instrumento contratual representa maior previsibilidade e segurança jurídica às partes, sobretudo ao concessionário, ocasionando maior atratividade ao mercado.¹⁹

Em uma PPP, parte da regulação do serviço - como política tarifária, padrões de qualidade, especificação da matriz de risco, mecanismos de negociação, encontra-se no âmbito do contrato, atendendo a realidade local de onde o

¹⁷ BREUS, 2020, p. 213.

¹⁸ Conforme o **Panorama Da Participação Privada No Saneamento 2022**, elaborado pela Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto - ABCON SINDCON, em meados de 2020, as concessões privadas estavam presentes em menos de 6% dos municípios brasileiros, enquanto no ano de 2022 o número saltou para 9,1%, a maior parte municípios de pequeno e médio portes, atendendo 21,7% da população do país, ou 46,1 milhões de pessoas. Disponível em: <<https://abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2022/07/Panorama2022-baixa.pdf>> Acesso em: 03 dez. 2023.

¹⁹ ARAGÃO, 2020, p. 43.

serviço é prestado. Desta feita, PPPs têm o potencial de aliviar o custo e o risco regulatório. Forma-se um modelo híbrido, em que a regulação das agências é refinada no contrato de concessão, que considera tanto as determinações do marco legal regulatório do setor quanto os desafios da frágil institucionalidade de alguns ambientes subnacionais. Nesse modelo, o escopo da atividade regulatória seria contido pelo contrato, definindo-se contratualmente quais são os limites aplicáveis.²⁰

Com a promulgação do novo marco legal do saneamento e o seu claro incentivo à ampliação da participação privada no setor, a tendência é que a regulação contratual ganhe cada vez mais força. Isso porque, não somente o marco regulatório veda a prestação de serviços de saneamento por meio de contrato de programa (art. 8º, § 1º, II e art. 10º da Lei nº 11.445/2007), como institui a exigência de processo licitatório prévio (art. 10º da Lei nº 11.445/2007), isso implica que as “regras do jogo” deixarão de ser estabelecidas predominantemente *a posteriori* pelos entes reguladores para serem estabelecidas *a priori*, na fase de modelagem do projeto e concretizadas por meio dos contratos de concessão.²¹

Não obstante os contratos de concessão sejam naturalmente instrumentos de regulação, no setor de saneamento este aspecto do instrumento contratual ganha ainda mais destaque. Com as alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020, o artigo 10-A da Lei nº 11.445/2007 determina o que seria o conteúdo mínimo para os contratos celebrados sob a vigência da nova lei. Trata-se de previsões relacionadas a (i) metas de desempenho; (ii) receitas alternativas, (iii) metodologia de cálculo para a indenização dos bens reversíveis não amortizados; e (iv) a delimitação de uma matriz de alocação de riscos (como já exigido pela Lei de PPPs). Nos termos do artigo, a ausência de qualquer destas cláusulas obrigatórias implicará na nulidade do contrato.

Neste rol de cláusulas obrigatórias, merece destaque a inclusão de metas de desempenho, correspondentes ao que a doutrina especializada chama de regulação por performance. Considerando-se a natureza dos projetos de concessão - em que o projeto guarda certo grau de incompletude e elasticidade, justamente para que o contratado possa oferecer soluções técnicas inovadoras -, fez bem o legislador ao

²⁰ PORTUGAL RIBEIRO ADVOGADOS (Brasil). **Regras padronizadas sobre distribuição de riscos, Equilíbrio econômico-financeiro e Modelos regulatórios: sumário executivo**. São Paulo: Portugal Ribeiro, 2020 *apud* NASCIMENTO, Carlos Alexandre et al. **A economia política do novo marco legal do saneamento: do público vs. privado para as Parcerias Público-Privadas**. In: DAL POZZO, Augusto Neves. Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 436.

²¹ ANDERÁOS, 2021, p 36.

implementar técnica regulatória que, ao invés de prescrever condutas, limita-se a estabelecer metas a serem alcançadas, permitindo a persecução da solução mais eficiente para o caso em concreto. Nesse sentido explicam Augusto Dal Pozzo e Renan Facchianatto:

Os contratos de concessão consagram posturas teleológicas e finalísticas, essa a racionalidade fundamental do modelo. A opção pela concessão significa uma *não opção* aos instrumentos tradicionais de obra pública e prestação de serviço, que exigem, a depender do regime escolhido, maior ou menor grau de controle de meios e processos, mas sempre dando ênfase a essa instrumentalidade procedimental. Deferentemente do que ocorre, portanto, nos modelos concessórios, em que esses mecanismos são substituídos por avaliação de desempenho e atingimento de metas claras e objetivas dispostas no instrumento contratual.²²

Nesta perspectiva, para além da expressa previsão de medidas sancionatórias a serem adotadas pela autoridade reguladora em caso de descumprimento das metas de desempenho (art. -B, § 7º)²³, os contratos mais recentes têm instrumentalizado a remuneração da concessionária como estímulo à persecução da ampliação do acesso aos serviços de saneamento e de qualidade dos serviços prestados. Embora este tenha sido um grande avanço legislativo, a dinamicidade do setor de saneamento tem exigido da prática jurídica uma constante (re)invenção de institutos e soluções e, sobretudo, de novas espécies contratuais.

4 NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO: DA SEGREGAÇÃO À INTERDEPENDÊNCIA

Como visto anteriormente, a prestação dos serviços de saneamento frequentemente exige a cooperação entre diversos atores. O novo marco legal define (art. 3º, I) o saneamento como o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: (i) abastecimento de água potável; (ii) esgotamento sanitário; (ii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólido; (iii) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Cada um destes serviços possui o seu próprio ciclo, composto por espécies de “subserviços”, e exige infraestrutura e instalações operacionais

²² DALL POZZO, Augusto Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. O Novo Marco Regulatório do Saneamento e os modelos de emparceiramento com a iniciativa privada: a Concessão e a Parceria Público-Privada. In: DALL POZZO, Augusto Neves. **Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 401.

²³ “§ 7º No caso do não atingimento das metas, nos termos deste artigo, deverá ser iniciado procedimento administrativo pela agência reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade da concessão, assegurado o direito à ampla defesa”.

específicas. Trata-se de serviços desenvolvidos em cadeia - e por isso chamados de serviços interdependentes - mas que muitas vezes são prestados por agentes distintos.

O cada vez mais comum modelo de prestação fracionada - em que diversos agentes participam da cadeia de prestação do serviço, cada qual exercendo uma atividade de sua especialidade -, é conhecido internacionalmente como modelo *unbundled*, ou desverticalizado. Trata-se de uma estratégia surgida inicialmente no setor privado da economia, que implica na segmentação do serviço em subcategorias com vistas a viabilizar a sua prestação por mais agentes, de modo a promover um “enxugamento” da estrutura empresarial, com uma redução de custos relacionados a mão de obra, burocracia e infraestrutura. Com o avanço da pauta da desestatização, essa estratégia foi gradativamente sendo incorporada ao que no Brasil chamamos de serviços públicos.

A decisão política de abrir novos flancos ao setor privado e estimular o regime concorrencial, quando viável, em novos segmentos, valeu-se da opção de fragmentar as cadeias de produção. A medida, por lá batizada como *unbundling*, foi considerada estratégica para eliminar ou, ao menos, diminuir barreiras para novas empresas de médio e pequeno porte e, conseqüentemente, fomentar a competição e a inovação. A propagação do neoliberalismo adotado pelo Governo Thatcher – e também pelo Governo Reagan (EUA) -, ajudou a difundir as soluções aplicadas para sua implementação, exportando-se então o *unbundling*.²⁴

Não obstante, no início da história do saneamento básico no Brasil, a prestação dos serviços (neste período ainda muito limitados à distribuição de água e a incipiente coleta de esgoto) era integralmente realizada pelos municípios, de forma a concentrar todas as etapas dessas atividades em uma mesma unidade integrante da Administração Pública local (as SAE e DAE). Com a instituição do PLANASA, embora o serviço tenha ganhado um caráter regionalizado e a prestação tenha passado às Companhias Estaduais de Saneamento Básico, a lógica da prestação indissociada se manteve. Dentre os principais fatores que sustentaram essa lógica estavam: (i) o monopólio natural, em razão da necessidade de implantação e manutenção de rede física e (ii) os benefícios da economia de escala em setor com alta demanda por

²⁴ GOMES, M. P. C. A desverticalização nos serviços públicos de água e esgoto. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 9, nº 1, maio de 2023, p. 438.

investimentos e baixa expectativa de retorno, diante da necessidade de observação à modicidade tarifária.²⁵

Somente mais tarde, com a promulgação da Lei nº 11.445/2007, essa lógica começou a mudar. Embora não tenha tratado da desintegração vertical de forma minuciosa, seguindo tendências internacionais, a lei de diretrizes nacionais para o saneamento básico fez questão de deixar clara sua admissibilidade, contemplando inclusive algumas condições para sua utilização nos serviços públicos de saneamento básico. Corroborando para a difusão dessa modalidade de prestação, os anos seguintes foram marcados pelas primeiras tentativas de concessão do serviço, muitas delas limitando-se ao serviço de água ou de esgoto.

A Lei nº 14.026, por sua vez, promoveu pequenas alterações na sua antecessora no que diz respeito à prestação fracionada. O artigo 11, II da Lei nº 11.445/2007 previa a exigência de estudo de viabilidade que comprovasse a possibilidade de prestação *integral* e *universal* dos serviços outorgados. A nova redação suprimiu estes dois termos. A *ratio* por detrás desta alteração certamente tem relação com os objetivos de ampliação da participação privada no setor, que nortearam a elaboração da norma. Isso porque, tornando mais evidente e segura a possibilidade de fracionamento da prestação, favorece-se a subconcessão e a subdelegação, modalidades em que cada prestador é responsável por apenas uma parcela do serviço.²⁶

Neste novo cenário em que a prestação passa a ser cada vez mais segmentada, a interdependência dos diversos serviços que compõe o saneamento básico e a as suas respectivas etapas precisa ser repensada, de modo a evitar que o fracionamento da prestação e a pluralidade de atores no setor torne as práticas ainda mais onerosas, transformando em problema o que antes fora solução. Sendo assim, a despeito de enfatizar a possibilidade de fracionamento da prestação, a Lei nº 14.026/2020 também explicitou a relação de interdependência entre os serviços de saneamento, prevendo inclusive a utilização de instrumento contratual específico para a regulação das relações entre os operadores.

A compreensão destes serviços como integrantes de uma única cadeia, bem como a consequente consideração da sua prestação de forma integrada, tem por principal fundamento o disposto no art. 2º da Lei nº 11.445/2007. O dispositivo

²⁵ GOMES, 2023, p. 441.

²⁶ DALL POZZO; FACCHINATTO, 2020, p. 401.

estabelece como diretrizes para a prestação dos serviços de saneamento, dentre outras: (i) integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento; (ii) articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional; e (iii) integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos. Não obstante, para além da expressa previsão legal, o reconhecimento da necessidade de tratamento conexo entre as atividades que compõe o saneamento básico, de modo a aproveitar as suas sinergias e potencialidades, regulamentá-las e tratá-las mediante possíveis interdependências, possui também razões técnicas, econômico-financeiras e operacionais.²⁷

A integração entre os serviços de saneamento pode adotar inúmeras configurações. O arranjo adotado dependerá, no caso concreto, dos atores públicos e privados envolvidos, da governança de regionalização, dos ganhos de sinergia e de mecanismos contratuais adequados.²⁸ Entretanto, o artigo 12 da Lei nº 11.445/2007 estabelece que *“nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e fiscalização”*.

A espécie contratual a que se refere a legislação é o chamado “contrato de interdependência”, responsável por formalizar o plexo de relações jurídicas estabelecidas entre os diferentes prestadores. O contrato de interdependência firmado entre operadores públicos e privados poderá ser previsto ainda na fase licitatória e devidamente publicizado na forma de anexo ao edital do certame, ou ainda, por uma empresa estatal num contexto de parceria estratégica a ser celebrada com terceiros para a realização de atividades conjuntas.²⁹ Contudo, nada impede que o contrato seja utilizado em relações jurídicas já estabilizadas.

A despeito da participação direta da administração pública nestas relações, especialmente na qualidade de titular do serviço de saneamento, o contrato de interdependência - diferente do contrato de concessão eventualmente celebrado entre

²⁷ COHEN, I. C. ; MARCATO, F. S. ; SANTANA, L. D. ; VERA, A. J. . **Serviços públicos de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas na vigência da Lei 14.026/2020: O Desafio da interdependência com os serviços de esgotamento sanitário e sua sustentabilidade Econômico-Financeira**. In: Carlos Alberto de Oliveira. (Org.). Saneamento Básico no Brasil. 1ed.: Editora Foco, 2023, v. 1, p. 149.

²⁸ *Ibid*, p. 154.

²⁹ *Ibid*, p. 155.

as partes - não possui natureza de direito público. Nas palavras de Rafael Vêras, trata-se de um exemplo da espécie “contratos privados regulados”.³⁰ Ainda que não se trate de um contrato regido integralmente pelo direito privado, o instrumento está longe de ser um contrato administrativo, com as exorbitâncias que lhe são inerentes.

Não tratando diretamente da delegação do serviço público, o contrato de interdependência está submetido ao regramento do art. 25, § 2º, da Lei nº 8.987/1995, o qual dispõe que “*Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente*”. Contudo, há que se considerar que, uma vez celebrado no âmbito de uma relação que veicula a prestação de um serviço público (o saneamento) e a exploração de um bem público (o recurso hídrico), esse dirigismo contratual é qualificado pela incidência de influxos regulatórios.³¹ Nesse sentido, importa destacar trecho do Parecer emitido pela PGE-RJ acerca do instrumento:

Ao se levar em conta o conteúdo mínimo imposto pela LNSB, bem como a regulação exercida por entidade reguladora, os contratos de interdependência, por mais que celebrados entre partes privadas, sofrem decisiva intervenção estatal, exigida pelo princípio da supremacia do interesse coletivo, que não se afasta da relação jurídica, essencial ao contrato, decorrente da prestação de serviços públicos pelas partes, o que explica a mitigação da autonomia privada dos agentes econômicos envolvidos, embora seja o contrato de interdependência originariamente de “direito privado”. Isso significa dizer que as partes não são inteiramente livres para negociar os contratos, devendo acatar o disposto na Lei nº 11.445/2007, com redação alterada pela Lei nº 14.026/2020.³²

Quanto ao conteúdo mínimo legal definido para esta espécie contratual, conforme estabeleceu o art. 12, § 2º, o instrumento a ser celebrado entre os prestadores de serviços de saneamento interdependentes deverá conter cláusulas que estabeleçam pelo menos:

I - as atividades ou insumos contratados;

³⁰ FREITAS, R. V.. **O contrato de interdependência e o seu regime jurídico à luz do Novo Marco Regulatório do Saneamento**. Editora Fórum - Coluna Direito da Infraestrutura, 22 nov. 2022. Disponível em: <<https://editoraforum.com.br/noticias/coluna-direito-da-infraestrutura/o-contrato-de-interdependencia-e-o-seu-regime-juridico-a-luz-do-novo-marco-regulatorio-do-saneamento/>>. Acesso em: 13 nov. 2023.

³¹ *Ibid.*

³² Estado do Rio de Janeiro. Procuradoria Geral do Estado. **Parecer Conjunto nº 02/2020 – AHPSWM/HBR/TCA**. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTU0MDI%2C>. Acesso em 03 dez. 2023.

- II - as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso às atividades ou insumos;
- III - o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, e as hipóteses de sua prorrogação;
- IV - os procedimentos para a implantação, ampliação, melhoria e gestão operacional das atividades;
- V - as regras para a fixação, o reajuste e a revisão das taxas, tarifas e outros preços públicos aplicáveis ao contrato;
- VI - as condições e garantias de pagamento;
- VII - os direitos e deveres sub-rogados ou os que autorizam a sub-rogação;
- VIII - as hipóteses de extinção, inadmitida a alteração e a rescisão administrativas unilaterais;
- IX - as penalidades a que estão sujeitas as partes em caso de inadimplemento;
- X - a designação do órgão ou entidade responsável pela regulação e fiscalização das atividades ou insumos contratados.

Embora o texto da lei não exija tamanha precaução, as boas práticas regulatórias e de contratação pública recomendam que o ente regulador eleito de comum acordo entre os prestadores participe da concepção do instrumento, de modo a compatibilizá-lo com sua normatização (indicadores de desempenho, penalidades, etc.), podendo, inclusive, figurar no contrato, atestando as disposições pactuadas.³³

Assim, o contrato de interdependência se mostra uma solução regulatória bastante consistente e, sobretudo, útil diante do cenário atual do saneamento no Brasil. Especialmente porque representa às companhias estaduais de saneamento a oportunidade de se manterem relevantes frente à crescente privatização do setor. Isso por meio da produção de água tratada, como nas soluções adotadas nas recentes concessões de serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário para as Regiões Metropolitanas de Maceió (2020) e Rio de Janeiro (2021).

³³ CARVALHO, Alessandra Ourique de. A REGULAÇÃO E A NORMATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO INTERDEPENDENTES. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira. **REGULAÇÃO – NORMATIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO VOL. II**. Fortaleza: Expressão, 2009. p. 94.

5 ASPECTOS PRÁTICOS QUANTO A UTILIZAÇÃO DO CONTRATO DE INTERDEPENDÊNCIA: O CASO CEDAE

Em consonância com as tendências internacionais e explorando as possibilidades conferidas pela legislação setorial, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) - principal financiador dos grandes projetos de infraestrutura no Brasil nas últimas décadas – ³⁴ tem apostado em modelagens para o setor de saneamento que consideram o modelo de prestação *unbundled*, mais especificamente, o modelo que segrega as atividades de *upstream* e *downstream*. Nos recentes leilões de saneamento da Companhia Estadual de Águas e Esgoto do Rio de Janeiro (CEDAE) e da Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas (CASAL), as estatais até então responsáveis pelo serviço permaneceram atuando na “produção de água” (compreendida pela captação, tratamento e adução), para o fornecimento aos concessionários privados, responsáveis então pela distribuição de água e contato com o usuário final.

No caso da desestatização dos serviços de saneamento conduzidos pela CEDAE, a modelagem concebida pelo BNDES - em parceria com consultoria privada e devidamente acompanhada pela procuradoria do estado – a área da concessão foi dividida em quatro blocos de municípios, mesclando em cada bloco municípios integrantes e não integrantes da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, de modo a observar o objetivo legal de regionalização do serviço e viabilizar a utilização de subsídios cruzados.³⁵ No caso dos municípios não integrantes da Região Metropolitana, as etapas de *upstream* e *downstream* foram integral e conjuntamente delegadas às concessionárias. Já os municípios metropolitanos, tiveram as duas etapas do serviço segregadas, de modo a manter a CEDAE como operadora na etapa de *upstream*, prestando o serviço diretamente às concessionárias, mediante cobrança tarifária.

³⁴ Em seu livro, **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**, Mariana Mazzucato - professora titular da cadeira de Economia da Inovação na Universidade de Sussex (UK) - por diversas vezes menciona o BNDES como um case de sucesso em dirigismo por meio de investimentos estatais estratégicos em setores e soluções inovadores que os bancos privados receiam atender.

³⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha; GARCIA, Flávio Amaral. A Contratação direta das empresas estatais para a prestação de serviços de produção de água – O caso Cedae. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 286-287.

Nesta complexa teia de relações jurídicas que passou a permear a prestação do serviço após a sua delegação, em aparente contrário sensu, o estado do Rio de Janeiro tomou certo protagonismo. Como visto anteriormente, a titularidade do serviço de saneamento é historicamente atribuída aos municípios. Esta posição foi inclusive ratificada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da ADI nº 1.842/RJ,³⁶ oportunidade em que reconheceu a titularidade também às regiões metropolitanas, por intermédio do ente federativo estadual. Assim, a modelagem explorada no caso CEDAE concebeu uma delegação dos titulares ao estado do Rio de Janeiro, para que este atue na condição de delegatário, conforme autoriza o art. 8º da Lei nº 11.445/2007,³⁷ o que justificou a celebração de convênios de cooperação com cada um dos entes federados que aderiram ao projeto.³⁸

Esta foi, em síntese, a estratégia que permitiu a manutenção da companhia estadual na produção de água sem a realização de processo licitatório, como preconiza a regra geral do marco regulatório. O artigo 10-A, § 2º da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020,³⁹ observando à lógica de segregação das etapas componentes dos serviços de saneamento, trouxe previsão no sentido de, no caso específico do serviço de produção de água, permitir a continuidade na prestação do serviço, por meio da assinatura de contrato de longo prazo entre a companhia responsável pelo serviço de *upstream* e a empresa privada responsável pelo *downstream*.⁴⁰

³⁶ ADI nº 1.842. Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 6.3.2013.

³⁷ Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

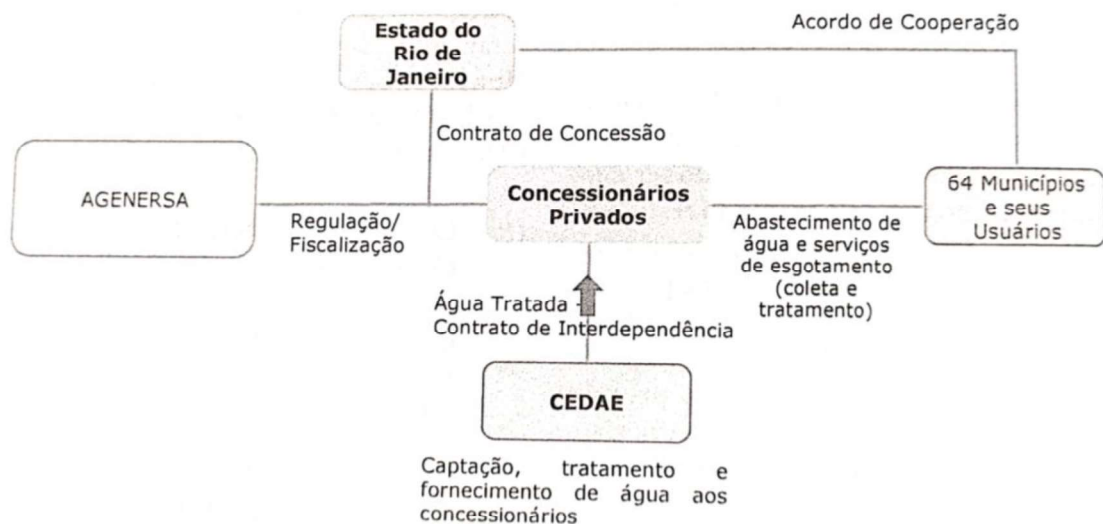
³⁸ GUIMARÃES; GARCIA, 2022, p. 287.

³⁹ § 2º “as outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água”.

⁴⁰ Antes de levada a cabo, a interpretação do referido dispositivo do novo marco regulatório do saneamento passou também pelo crivo da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, que emitiu o **Parecer Conjunto nº 3/2020 – AHWM/HBR/TCA**. Nesta ocasião, a procuradoria entendeu que, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, a prestação de serviços públicos deverá ser precedida de licitação, entretanto, o advérbio “sempre” empregado pelo texto da lei não deve ser interpretado literalmente. Isso porque, no entendimento manifestado, a lei de licitações não pode ser considerada isoladamente na disciplina da contratação direta, sendo assim, há que se considerar também a o disposto no art. 10-A, §2º do marco regulatório, como meio de estabilização de situações precárias. (*vide* GUIMARÃES; GARCIA, 2022, p. 288-292).

Em atendimento ao art. 12 da Lei nº 11.445/2007 e como forma de garantir segurança jurídica aos operadores e usuários do serviço neste o modelo de prestação fracionado, a teia de relações jurídicas entre a companhia estadual e as concessionárias foi objeto de regulação por um contrato de interdependência, em que figurou como interveniente anuente a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (Agenera). Para além de um requisito formal de validade para este tipo de relação, o contrato de interdependência tem a função de promover a integração e cooperação interdependente entre os operadores, em prol da prestação de um serviço adequado.⁴¹

A título ilustrativo, a teia de relações que envolve a atual prestação do serviço de saneamento no Rio de Janeiro foi muito bem representada por José Virgílio L. Enei:⁴²



Quanto às especificidades do instrumento jurídico que conecta e regula o contrato de produção de água, o contrato de concessão, os convênios de cooperação, os contratos de gerenciamento, e as demais avenças correlatas, a minuta de contrato de interdependência proposta pelo BNDES - na qualidade de estruturador do projeto no âmbito do acordo de cooperação técnica celebrado com a companhia estadual - foi objeto de análise pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, resultando

⁴¹ GUIMARÃES; GARCIA, 2022, p. 286.

⁴² ENEI, José Virgílio Lopes. A hora e a vez do setor privado: modelagem de privatizações e concessões no setor de saneamento. In: DALL POZZO, Augusto Neves. **Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 401.

no **Parecer Conjunto nº 02/2020 – AHPSWM/HBR/TCA**. Alguns pontos da análise merecem ser destacados.

Estabelecendo-se a relação jurídica regida pelo contrato de interdependência estritamente entre as pessoas jurídicas da CEDAE e da concessionária responsável pela operação de *upstream*, o Estado do Rio de Janeiro, ainda que qualificado como delegatário do serviço – por meio do acordo de cooperação estabelecido com os titulares legitimados – não pode figurar como parte no instrumento. Entretanto, isso não significa dizer que a sua esfera jurídica não é afetada pelo contrato. Ao contrário, nesta relação o estado assume, juntamente com a agência reguladora, o papel de interveniente-anuente. Considerando esta posição jurídica, a PGE-RJ pontuou a importância de evidenciar no instrumento contratual que, ao exercer o seu papel de interveniente, o estado o faz como mandatário dos titulares do serviço público de saneamento básico - a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e os municípios – e nunca em nome próprio.

Tratando ainda da figura dos intervenientes, o papel de protagonismo da entidade reguladora no âmbito do contrato de interdependência já foi aqui destacado. Nesse sentido, a PGE-RJ apontou diversas situações em o contrato deverá remeter-se à Agenersa em busca de anuência. A título de exemplo, sugeriu a Procuradoria a inclusão de cláusula explicitando a necessidade de apresentação de plano de instalação detalhado (com o tipo de instrumento, especificações técnicas, local, etc.) toda vez que se fizer necessário instalar novas instrumentações nos pontos de entrega de água potável.

O parecer opinativo sugeriu ainda a atribuição contratual expressa da competência para fiscalizar a infraestrutura do sistema, sobretudo quanto aos elementos que necessitam de substituição periódica. Além disso, indicou que a Agenersa, na qualidade de responsável pela elucidação de dúvidas relativas ao contrato, poderá elaborar ato normativo interno dispondo sobre os procedimentos para resolução de controvérsias.

Acerca da interpretação sistemática dos contratos, a minuta de contrato de interdependência proposta e analisada pela Procuradoria não apenas previa a inclusão do contrato de concessão no rol de contrato coligados e disciplinados pelo contrato de interdependência, como dispunha que, em caso de divergência entre os instrumentos jurídicos, deveria sobressair a disposição expressa no contrato de

concessão. Entretanto, a Procuradoria defendeu não haver justificativas para a hierarquização entre os contratos, inclusive porque a CEDAE sequer figura como parte do contrato de concessão celebrado entre o estado do Rio de Janeiro e a concessionária privada. Ainda nesse sentido, ao abordar cláusulas que remetem a figuras constantes em outros contratos coligados ao contrato de interdependência, a PGE-RJ destacou a importância de replicar e padronizar as disposições pertinentes a mais de um contrato, considerando principalmente o fato de que cada instrumento jurídico vincula diferentes partes.

Voltando-se ao objeto principal do contrato de interdependência – a conexão da CEDAE, operadora da etapa de *upstream*, com as concessionárias e o restante da rede contratual – a Procuradoria enfatizou a importância de reprimir e evitar práticas discriminatórias ou de tratamento privilegiado a serem cometidas pela companhia estadual, em violação ao princípio da concorrência. Isso porque, no entendimento expresso pelo Parecer, a CEDAE possuiria posição dominante na relação, tendo em vista a previsão de exclusividade no fornecimento de água às concessionárias operadoras da etapa de *downstream*.

Por fim, mas não menos importante, o Parecer sugeriu a inclusão de uma matriz de riscos detalhada também no contrato de interdependência, assim como previsto no contrato de produção de água, especialmente quanto às hipóteses de força maior e caso fortuito. Isso porque, o contrato de concessão optou por não determinar tais situações, relegando a disciplina das hipóteses à apólice de seguro contratada pelo concessionário. Entretanto, o contrato de interdependência não goza da mesma cobertura.

A despeito das inúmeras sugestões e apontamentos feitos pela Procuradoria Geral do Município, a utilização do contrato de interdependência em si não foi questionada pelos órgãos de controle. Ao contrário, a utilização da espécie contratual – já empregada anteriormente pelo Estado do Rio de Janeiro em outro contexto – foi bem recebida em todas as etapas do projeto, passando pelo crivo dos órgãos de controle externo, pela escolha discricionária do poder executivo e pelo mercado. Agora resta aguardar os desdobramentos do ainda recente projeto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do breve panorama histórico traçado acerca da regulação no setor de saneamento no Brasil, foi possível observar que o serviço vem demonstrando rápido

crescimento em complexidade jurídica e pluralidade de atores, o que tem exigido mecanismos de regulação cada vez mais eficientes e responsivos. Sendo assim, para além da atuação das agências reguladoras independentes, agora também coordenadas pela Agência Nacional de Água e Saneamento, se faz cada vez mais necessária a utilização de instrumentos de regulação mais próximos da realidade local, notadamente, os contratos.

Não sem motivos, desde a introdução do modelo de regulação por agências reguladoras independentes, os serviços públicos no Brasil têm sido submetidos a uma lógica de regulação dupla, que combina a regulação discricionária com as próprias disposições contratuais que regem a prestação. Nesta dinâmica, as agências reguladoras atuam nas lacunas e na interpretação das cláusulas contratuais, ao passo que contratos especificam ainda mais as normas setoriais, descendo aos menores detalhes da relação jurídica.

Entretanto, até a promulgação do novo marco regulatório tinha-se um cenário em que a prestação dos serviços se dava quase que unicamente por meio das companhias estaduais de saneamento. Consequentemente, o modelo de regulação sobressaliente até então vinha sendo a regulação discricionária, dada a insuficiência dos instrumentos contratuais para disciplinar a prestação de forma segura e estável, assim exigia-se maior fiscalização pelas agências reguladoras.

Com a promulgação do novo marco regulatório do saneamento e o seu claro incentivo à ampliação da participação privada no setor, abriu-se caminho para que a regulação contratual se desenvolva e ganhe maior relevância. Com a exigência de processo licitatório prévio para a prestação dos serviços de saneamento, pode-se perceber uma virada de chave no que diz respeito à regulação, isso porque a tendência é de que as “regras do jogo” deixem de ser estabelecidas predominantemente *a posteriori* pelos entes reguladores para serem estabelecidas *a priori*, na fase de modelagem do projeto e concretizadas por meio dos contratos de concessão e instrumentos coligados.

Neste cenário desponta um instrumento ainda pouco utilizado no Brasil, o contrato de interdependência. Especialmente porque representa às companhias estaduais de saneamento a oportunidade de se manterem relevantes frente à crescente privatização do setor. Isso por meio da produção de água tratada, como nas soluções adotadas nas recentes concessões de serviços públicos de fornecimento de

água e esgotamento sanitário para as Regiões Metropolitanas de Maceió e Rio de Janeiro, tendo sido essa segunda objeto de análise neste trabalho.

Considerando os pontos analisados ao longo da pesquisa, parece certo inferir que a implementação do modelo fracionado de prestação de serviços de saneamento se mostra uma alternativa bastante promissora para o setor, especialmente consideradas as alterações substanciais introduzidas pelo novo marco regulatório. De igual modo, o incentivo à utilização dos ainda pouco explorados contratos de interdependência também parece uma forma juridicamente segura e eficiente para disciplinar as complexas relações que envolvem o modelo de prestação *unbundled*. Isso sem se olvidar da necessária complementariedade entre a regulação contratual e discricionária, conferindo maior estabilidade e previsibilidade às relações, o que certamente contribuirá para a atratividade do setor.

REFERÊNCIAS

ANDERÁOS, A. O desenho regulatório do novo marco legal do saneamento básico no Brasil e a aparente dicotomia entre a regulação contratual e discricionária. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 7 nº 2, p. 24-51, outubro 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; D'OLIVEIRA, Rafael Daut. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 - Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 35-53.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento. Brasília, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.842**. Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 6.3.2013.

BREUS, Thiago Lima. **Contratação pública estratégica: o contrato público como instrumento de governo e de implementação de políticas públicas**. São Paulo: Almedina, 2020. 297 p.

CARVALHO, Alessandra Ourique de. A REGULAÇÃO E A NORMATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO INTERDEPENDENTES. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira. **REGULAÇÃO – NORMATIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO VOL. II**. Fortaleza: Expressão, 2009. p. 87-97.

COHEN, I. C. ; MARCATO, F. S. ; SANTANA, L. D. ; VERA, A. J. . **Serviços públicos de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas na vigência da Lei 14.026/2020: O Desafio da interdependência com os serviços de esgotamento sanitário e sua sustentabilidade Econômico-Financeira**. In: Carlos Alberto de Oliveira. (Org.). Saneamento Básico no Brasil. 1ed.: Editora Foco, 2023, v. 1, p. 147-169.

DALL POZZO, Augusto Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. O Novo Marco Regulatório do Saneamento e os modelos de emparceiramento com a iniciativa privada: a Concessão e a Parceria Público-Privada. In: DALL POZZO, Augusto Neves. **Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 389-409

DUTRA, Joisa; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Regulação contratual ou discricionária no saneamento**. Jota (online). Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-contratual-ou-discricionaria-no-saneamento-05042021>>. Acesso em 03 dez. 2023.

ENEI, José Vrigílio Lopes. A hora e a vez do setor privado: modelagem de privatizações e concessões no setor de saneamento. In: DALL POZZO, Augusto Neves. **Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 401.

Entidades Infranacionais. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais>. Acesso em: 09/01/2023.

Estado do Rio de Janeiro. Procuradoria Geral do Estado. **Parecer Conjunto nº 02/2020 – AHPWM/HBR/TCA**. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTU0MDI%2C>. Acesso em 03 dez. 2023.

GOMES, M. P. C. A desverticalização nos serviços públicos de água e esgoto. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 9, nº 1, p. 429-475, maio de 2023.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Nova regulação do saneamento básico: da regulação local às normas de referência. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 145-166.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; GARCIA, Flávio Amaral. A Contratação direta das empresas estatais para a prestação de serviços de produção de água – O caso Cedae. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 286-300.

HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael. O regime jurídico de transição no novo marco legal do saneamento (Lei 14.026/2020). In: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 71-95.

MAZZUCATO, Mariana. O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. **Revista de Direito Público da Economia – RDP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12726>>. Acesso em: 05 abr. 2023.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Novo Marco do Saneamento: dois anos de desafios regulatórios**. JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/novo-marco-do-saneamento-dois-anos-de-desafios-regulatorios-19072022>. Acesso em: 27 fev. 2023.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 11, n. 44, Belo Horizonte, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98978>>. Acesso em: 04 dez. 2023.

NASCIMENTO, Carlos Alexandre *et al.* **A economia política do novo marco legal do saneamento: do público vs. privado para as Parcerias Público-Privadas**. In: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei federal nº 14.026/2020: o novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 35-53.

Novo Marco do Saneamento: dois anos de desafios regulatórios. JOTA. (Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/novo-marco-do-saneamento-dois-anos-de-desafios-regulatorios-19072022>. Acesso em: 27/02/2023).

PLANASA e o novo marco legal do saneamento: semelhanças, diferenças e aprendizado. FGV IBRE. Disponível em: https://blogdoibre.fgv.br/posts/planasa-e-o-novo-marco-legal-do-saneamento-semelhancas-diferencas-e-aprendizado#_ftn1. Acesso em: 03 dez. 2023.

SANDOVAL, Daniela; GRANDIZOLI, Thaís Rey. A evolução das agências e a segurança jurídica nas decisões regulatórias. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O novo direito do saneamento básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 195-208.