

# Regulação e controle dos serviços públicos de saneamento básico: agências reguladoras e controle social à luz da Lei n. 11.445/2007

*Regulation and control of the services basic sanitation public: regulatory agencies and social control according to law n. 11.445/2007*

## **Érico Andrade**

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais/Università degli Studi di Milano (Itália). Mestre em Direito pela UFMG, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Email: [erico.andrade@camposfialho.com.br](mailto:erico.andrade@camposfialho.com.br)



CREDITO: ARQUIVO PESSOAL

## **Gustavo Alexandre Magalhães**

Doutor em Direito Administrativo e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG, Brasil.

Email: [gustavo.magalhaes@camposfialho.com.br](mailto:gustavo.magalhaes@camposfialho.com.br)



CREDITO: ARQUIVO PESSOAL

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é analisar e compreender a regulação e o controle dos serviços públicos de saneamento básico desempenhados pelas agências reguladoras e pela sociedade civil, respectivamente. Para tanto, este estudo apresentou conceitos e disposições legais sobre regulação do serviço público de saneamento básico, com ênfase na competência e nos modos de prestação das funções de organização, regulação e fiscalização do serviço. Também apresentou alternativa para a efetivação do controle social dos serviços de saneamento básico que os órgãos e entidades competentes fizeram. O trabalho constatou, após a análise, que a regulação e o controle do serviço ainda são temas pouco abordados, apesar de sua relevância, o que justifica essa análise, não só pela importância social da atividade, como também pelos 10 anos de promulgação da Lei n. 11.445/07 sem ocorrência de discussões acadêmicas aprofundadas sobre aspectos específicos dos serviços de saneamento básico.

**Abstract:** This paper aims to analyze and comprehend the regulation and control of water and sewerage public services respectively performed by regulatory agencies and the civil society. In order to do so, this paper introduces legal concepts and rules about the regulation of water and sewerage public services with emphasis on the competence and means of providing the organization, regulation and controlling functions of these services. This paper also introduces alternative solutions to enforce the social control of the water and sanitation public services performed by the competent bodies and agencies. After analyzing the subject, it was found that the regulation and control of public services are topics which have received little attention despite their relevance. Therefore, this paper attempts to introduce specific issues, very little considered, but quite relevant, not just because of the social impact of these services, but also because of the period of ten years after the enactment of the Federal Law n. 11.445/07 in which few has been said about certain aspects of water and sewerage public services in the academic environment.

**Palavras-chave:** Saneamento básico. Regulação. Controle.

**Keywords:** Sewerage public services. Regulation. Control.

## 1 INTRODUÇÃO

O marco regulatório do serviço público de saneamento básico no Brasil foi instituído com a edição da Lei Federal n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais sobre o tema, nos termos do art. 21, X, da Constituição da República de 1988. Esse marco regulatório incorporou diversas diretrizes contemporâneas da prestação de serviços públicos, com foco na prestação de serviços com maior profissionalismo e eficiência e na participação popular.

Um dos aspectos relevantes introduzidos pela Lei n. 11.445/2007 foi a previsão de que a prestação dos serviços de saneamento básico deve ser objeto de regulação e fiscalização por entidade dotada de autonomia administrativa, orçamentária e financeira, e de independência decisória, visando assegurar regras pautadas em critérios técnicos e sem intervenções políticas.

Além disso, incorporando o princípio constitucional da participação popular, a Lei n. 11.445/2007 também estabelece mecanismos para o controle social da prestação dos serviços de saneamento básico pelos seus usuários. Trata-se de importante inovação, na medida em que os usuários dos serviços são os maiores interessados na universalização do acesso e são certamente os maiores conhecedores dos

problemas e das deficiências relacionados ao saneamento básico nas suas comunidades. Conforme Moreira Neto (2008, p. 141-142):

[...]

nas sociedades contemporâneas – sob o signo dos riscos – nada passou a ser mais importante do que sua previsão e monitoramento, até mesmo para que se torne possível uma aplicação dos instrumentos de prevenção e de controle proporcionados tanto pela política, como pelo direito.

[...]

Ficou, desde então (falência do Estado Providência), evidente às gerações de hoje, que só serão possível recobrar a segurança se o futuro for objeto de criterioso planejamento democrático, pois desse modo se permite uma formulação aberta de políticas públicas e, por isso, submetê-los ambos a específicos institutos jurídicos, que privilegiem a prospecção e o controle social; tudo, enfim, para se dispor, também na atividade administrativa pública, do que o atualizado pensador francês Jacques Chevalier batizou adequadamente de um 'equivalente funcional do mercado': justamente pela possibilidade de permitir que se ponha em marcha um instrumento cívico reflexivo e auto-regulatório dessas relações sensíveis e altamente instáveis.

Diante desse cenário, o presente artigo tem por finalidade apresentar considerações sobre os principais aspectos previstos na Lei n. 11.445/2007 acerca da regulação e do controle social dos serviços públicos de saneamento básico.

## 2 REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

### 2.1 Regulação de serviços públicos

A atividade regulatória consiste, em sentido amplo, no conjunto de instrumentos por meio dos quais o Estado disciplina e fiscaliza o exercício de uma atividade privada ou a prestação de um serviço de interesse público.

Importa destacar a distinção entre a função administrativa regulatória e a atividade de regulamentação. Esta consiste no poder regulamentar, espécie de poder normativo, que cabe aos chefes do Poder Executivo com a finalidade de expedir normas de execução ou de complementação das leis, nos termos do art. 84 da CR/88. Já a função administrativa regulatória

envolve uma manifestação diferenciada e peculiar da função conformadora antes referida. É composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, dispondo sobre a conduta individual e coletiva. Vale-se de medidas jurídicas de permissão e proibição, mas também se utiliza de mecanismo de incentivo e desincentivo, o que compreende inclusive o fomento a atividades privadas. O vocábulo 'regulatória' vem sendo aplicado, de modo especial, para referir a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado busca disciplinar o desempenho pela iniciativa privada de atividades de interesse coletivo. A função administrativa regulatória costuma ser atribuída a entidades administrativas dotadas de autonomia reforçada, tal como as agências reguladoras independentes. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 114-115).

Com a publicação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado em 1995, elaborado pelo já extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare), foi implementada a

reorganização das estruturas do Estado. O Poder Público deixou de dar ênfase à esfera produtiva, abrindo espaço para a atuação direta no mercado e, em contrapartida, fortaleceu sobremaneira o papel estatal de promotor e regulador do desenvolvimento econômico.

Sob a ótica reformista, pleiteou-se a implantação de uma administração pública gerencial, concentrada em alcançar resultados, em detrimento de uma administração pública burocrática, focada no controle de procedimentos. Um dos mecanismos utilizados pelo novo modelo foi a criação e a disseminação de agências reguladoras.

No contexto de profissionalização da prestação dos serviços os entes públicos passaram a delegar a execução de tais serviços a empresas privadas especializadas, de modo a garantir a continuidade do serviço público eficiente e de boa qualidade. Conforme Batista Júnior (2012, p. 205):

Dentre as vantagens da descentralização administrativa, pode-se enumerar a maior democraticidade, a maior eficiência no atendimento dos casos concretos, o reforço e a concentração da capacidade da Administração Central nas tarefas que só ela pode desempenhar para dar sentido estratégico e eficácia à totalidade do sistema de intervenções do Estado.

De fato, a complexidade da prestação dos serviços públicos apresenta-se, eminentemente, sob dois aspectos: (i) técnico, haja vista a utilização de recursos tecnológicos cada vez mais avançados; (ii) econômico-financeiro, considerando o refinamento das modelagens econômicas e planos de negócios, geralmente atrelado a contratos de financiamento com estrutura financeira consideravelmente complexa.

As razões que despertaram a necessidade estatal de profissionalizar a prestação dos serviços públicos, buscando maior eficiência e melhor qualidade para os usuários-clientes, acabaram por demonstrar também que o Poder Público precisa estar melhor preparado para exercer as atividades de regulação e fiscalização. É nesse contexto que as agências reguladoras passaram a despertar o interesse das autoridades brasileiras na década de 90, a partir do modelo norte americano, de modo a garantir a profissionalização das atividades de regulação e fiscalização. Segundo Justen Filho (2015, p. 667-668):

A democracia exige a garantia da autonomia individual e da sociedade civil, mas a realização dos valores fundamentais a um Estado impõe a participação de todos os segmentos sociais. Portanto, é necessário promover a redução da intervenção direta do Estado, porque o custo econômico pode tornar-se insuportável para a sociedade. Mas essa redução somente pode ser admitida quando acompanhada da funcionalização de poderes reconhecidos à iniciativa privada. A retirada da atuação direta do Estado não equivale à supressão da garantia de realização dos direitos fundamentais, mas apenas à modificação do instrumental para tanto. Somente se admite a privatização na medida em que existam instrumentos que garantam que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado serão realizados por meio da atuação da iniciativa privada.

Ademais, a criação de entidades reguladoras com autonomia financeira e independência decisória confere também maior segurança jurídica aos potenciais parceiros privados interessados em investir em projetos estatais, visto que a prestação dos serviços públicos ganharia certo distanciamento das decisões de natureza política.

Quanto à imprescindibilidade de se garantir a independência para o pleno exercício das funções de regulação, vale destacar que o regulador só exercerá suas funções de modo equidistante em relação

aos interesses dos prestadores de serviços públicos, dos usuários e do poder concedente, se a ele for dada independência para o pleno exercício de suas atividades regulatórias.

A independência da entidade reguladora é garantida, de um lado, pela estabilidade dos dirigentes e pela ausência de controle hierárquico (independência orgânica) e, de outro, pela autonomia financeira e de gestão (independência administrativa). Marques Neto (2009, p. 73-76), abordando o tema, afirma que:

A independência orgânica se refere ao exercício das atividades-fim da agência e se traduz na existência de mecanismos aptos a assegurar que os agentes reguladores não estão subordinados à vontade política do poder central para além das suas metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor. Já daí percebe-se que a independência orgânica se presta a assegurar ampla autonomia no manejo dos instrumentos regulatórios". E mais adiante continua o professor paulista: "Também essencial é a independência administrativa. Como dissemos, malgrado toda a proteção institucional de que se reveste, a independência orgânica poderá servir de nada se a agência não tiver meios para atuar. A independência de gestão cuida, portanto, de garantir uma liberdade de meios para a boa atuação do regulador. Trata-se de dotá-lo de recursos e instrumentos para exercer suas atividades sem necessidade de recorrer ao poder central.

## 2.2 Regulação no âmbito do saneamento básico

A partir da década de 70 houve uma grande expansão dos investimentos no acesso aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, impulsionada pelo Plano Nacional de Saneamento (Planasa). O modelo do Planasa pressupunha a associação formal entre os Municípios e os Estados, por meio de suas companhias estaduais de saneamento básico, segundo os critérios estabelecidos pela União. Assim, a União atuava na centralização da política nacional de saneamento e no financiamento às companhias estaduais para realização dos investimentos necessários, por intermédio do Banco Nacional da Habitação (BNH), à época gestor dos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Historicamente, no modelo centralizador do Planasa, a União atuava na regulação dos serviços públicos de saneamento prestados pelas companhias estaduais, mediante aprovação de tarifas, definição das remunerações máximas das companhias e aprovação de seus planos de investimento. Não havia, contudo, maiores preocupações quanto ao acompanhamento, fiscalização, controle e avaliação da qualidade dos serviços prestados pelas companhias estaduais.

A partir da década de 80, especialmente com a extinção do BNH em 1986, o Governo Federal deixou de atuar na regulação do setor de saneamento básico, e houve o esvaziamento do modelo do Planasa. Diante disso, as próprias companhias estaduais instituíram mecanismos de autorregulação de preços, de acordo com a realidade econômica e financeira de seus custos.

Diante do cenário em que as companhias estaduais passaram a atuar com ampla liberdade na definição de seus investimentos e da política de remuneração (tarifas) é, que foi iniciada a discussão do marco regulatório de saneamento básico, resultando na edição da Lei n. 11.445/2007.

Uma das principais inovações trazidas pela Lei n. 11.445/2007 foi a determinação de que os serviços públicos de saneamento básico fossem regulados por entidade dotada de independência técnica e

poder decisório. O Decreto n. 7.217/2010, que regulamentou a Lei n. 11.445/2007, trouxe os seguintes conceitos de “regulação” e “fiscalização” no âmbito dos serviços de saneamento básico:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

[...]

II - regulação: todo e qualquer ato que discipline ou organize determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos, para atingir os objetivos do art. 27;

III - fiscalização: atividades de acompanhamento, monitoramento, controle ou avaliação, no sentido de garantir o cumprimento de normas e regulamentos editados pelo poder público e a utilização, efetiva ou potencial, do serviço público.

A regulação consiste, portanto, na normatização e na padronização dos serviços públicos de saneamento básico, tratando de questões obrigacionais, técnicas, econômicas, adstritas à adequada prestação dos serviços aos usuários, ao cumprimento das metas e dos objetivos do plano de saneamento e à observância do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e da modicidade das tarifas.

Os parâmetros regulatórios de caráter econômico, social e técnico da regulação serão instituídos de acordo com as peculiaridades de cada serviço de saneamento básico (abastecimento de água, esgotamento, manejo de resíduos sólidos e de águas pluviais).<sup>1</sup>

Vale registrar que a Lei n. 11.445/2007 condicionou a validade dos contratos que tenham por objeto a delegação da prestação de serviços de saneamento à existência de normas destinadas à regulação dos serviços delegados bem como à indicação de órgão ou entidade para realizar a regulação e a fiscalização dos serviços.

A Lei n. 11.445/2007 também definiu em seu art. 23 o núcleo mínimo de competências do regulador dos serviços de saneamento básico:

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

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

II - requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas;

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

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

V - medição, faturamento e cobrança de serviços;

VI - monitoramento dos custos;

VII - avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados;

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

IX - subsídios tarifários e não tarifários;

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

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

<sup>1</sup> Art. 24 da Lei n. 11.445/2007 e art. 30, § 1º, do Decreto n. 7.217/2010, *vide* BRASIL 2007; BRASIL 2010.

Trata-se, portanto, do núcleo mínimo de atividades a serem exercidas pelo regulador, que envolvem aspectos técnicos e econômico-financeiros da prestação dos serviços de saneamento básico e, por isso, devem ser exercidas por entidade dotada de capacidade técnica e independência decisória.

A título exemplificativo, um dos núcleos da atuação do regulador envolve a edição de normas relativas ao regime, à estrutura e aos níveis tarifários, de modo a assegurar tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade das tarifas, como forma de composição dos interesses da população (menor tarifa) e da concessionária (maior retorno dos investimentos).

## **2.3 Competência para exercício das funções de organização, regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico**

O marco regulatório do saneamento básico estabelece que o município, na qualidade de titular dos serviços de saneamento básico, deve definir o ente responsável pela regulação e pela fiscalização dos serviços, exigindo que o ente delegatário da competência seja dotado de “independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira”, além de obediência aos princípios da “transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões”.

A regulação dos serviços de saneamento básico envolve grande complexidade técnica e, justamente por isso, a Lei n. 11.445/2007 procurou assegurar que o ente de regulação exerça suas atribuições com independência em relação ao poder concedente e à empresa concessionária, a fim de garantir que as decisões estejam pautadas em critérios essencialmente técnicos e não políticos.

Na mesma linha, vale citar o disposto na Lei n. 11.107/2005, que dispõe sobre as normas gerais para contratação de consórcios públicos e assim estabelece em seu art. 13, § 3º: “é nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados”. Ou seja, o bloco de competências constituído por organização, regulação e fiscalização dos serviços não pode ser delegado à mesma entidade que receber a delegação da prestação do serviço, pois a concentração de competências inviabilizaria o exercício de qualquer controle.

Segundo a Lei n. 11.445/2007, as atividades de regulação e fiscalização no âmbito do saneamento básico podem ser exercidas diretamente pelos titulares dos serviços, mediante órgão ou entidade de sua Administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe; ou indiretamente, mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos.

Na mesma linha, dispõe o art. 31 do Decreto n. 7.217/2010:

Art. 31. As atividades administrativas de regulação, inclusive organização, e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular: I - diretamente, mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe; ou II - mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos.

Registre-se que a delegação da fiscalização somente é permitida se transferida à entidade constituída nos limites do Estado em que o Município se encontra, conforme art. 23, §1º, da Lei n. 11.445/2007.<sup>2</sup> Ademais, as atividades de regulação e fiscalização devem ser exercidas por entidade única, sendo, portanto, vedado o fracionamento dessas funções.<sup>3</sup>

Como o regulador exerce atividades típicas de polícia administrativa (como a apuração de irregularidades e a aplicação de sanções), o legislador reservou o exercício das atividades de regulação e fiscalização a órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública (seja da administração do próprio titular, seja de outros entes).

A utilização do termo “entidade”, para se referir ao regulador dos serviços de saneamento básico (arts. 21, I, 23, *caput*, § 2º, e 25 da Lei n. 11.445/2007), pode levar a uma interpretação no sentido da necessidade da estruturação de um ente com personalidade jurídica própria.

É importante destacar, porém, que o Decreto n. 7.217/2010 assim conceitua “entidade de regulação”:

agência reguladora, consórcio público de regulação, autoridade regulatória, ente regulador, ou qualquer outro **órgão ou entidade** de direito público que possua competências próprias de natureza regulatória, independência decisória e não acumule funções de prestador dos serviços regulados.

Como se conclui, o Decreto n. 7.217/2010 admite a delegação da regulação a órgão integrante da estrutura da administração pública direta, sem personalidade jurídica autônoma.

### **2.3.1 Designação de órgão municipal para exercer as funções de regulação e fiscalização**

As funções de regulação e fiscalização podem ser atribuídas a um órgão integrante da administração pública direta do titular dos serviços, mesmo sem personalidade jurídica. Para tanto, é necessário que a legislação atribua tais competências a um órgão ou departamento de determinada secretaria (ex: Secretaria Municipal de Obras ou de serviços públicos) e que lhe seja conferida autonomia administrativa, orçamentária e financeira e independência decisória, como exige a Lei n. 11.445/2007.

### **2.3.2 Criação de agência reguladora municipal**

Trata-se da hipótese de criação de nova entidade integrante da administração pública indireta do titular dos serviços, com natureza de autarquia em regime especial, com a finalidade de exercer as atividades de regulação e fiscalização de serviços públicos de saneamento básico. A constituição da entidade de regulação, neste caso, deve realizar-se necessariamente por meio de lei em sentido estrito.

#### **2.3.2.1 Conversão entidade municipal prestadora de serviços de saneamento em agência reguladora**

Em diversos municípios brasileiros a prestação dos serviços de saneamento básico é realizada diretamente, por meio de órgãos ou entidades municipais, que são os comumente chamados Serviço Autônomo de Água e Esgoto (Saae) ou Departamento Autônomo de Água e Esgoto (Daae).

<sup>2</sup> Dispõe o art. 23, §1º, da Lei n. 11.445/07 que: “A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas”. BRASIL 2007.

<sup>3</sup> Nesse sentido, confira-se o art. 12 da Lei n. 11.445/2007.

Diante desse cenário, quando determinado município opta por delegar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico a terceiros, por meio de contrato de programa ou de concessão, vislumbra-se a possibilidade de aproveitamento da estrutura já existente do prestador de serviços municipal para fins de criação da entidade de regulação e fiscalização.

Nesse sentido, a entidade prestadora de serviços pode ser extinta por lei em sentido estrito, sendo criada, no mesmo ato, nova pessoa jurídica com personalidade de direito público e com atribuições de regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, transferindo-lhe o patrimônio da pessoa jurídica anterior.<sup>4</sup>

### **2.3.2.2 Por meio de consórcio público do qual participe o município.**

No âmbito da chamada gestão associada de serviços públicos, os consórcios públicos traduzem mecanismo de associação entre entes estatais (União, Estados e Municípios) e são constituídos na forma de pessoa jurídica, de direito público ou privado (art. 1º, § 1º, da Lei n. 11.107/2005), que passa a integrar a chamada administração pública indireta (art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.107/2005) dos entes consorciados.

Nos termos do art. 31, I, do Decreto n. 7.217/2010, municípios podem se reunir para formar um consórcio público, com personalidade jurídica de direito público, para execução das atividades de regulação e fiscalização do serviço de saneamento básico. Nesse caso, o consórcio público é constituído como pessoa jurídica autônoma, integrada por todos os municípios envolvidos.<sup>5</sup>

A constituição do consórcio, em linhas gerais e simplificadas, obedece à seguinte sequência:

- 1) os municípios envolvidos na formação do consórcio subscrevem protocolo de intenções, com cláusulas obrigatórias indicadas na Lei n. 11.107/2005 (arts. 3º e 4º);
- 2) o protocolo de intenções será objeto de ratificação por lei, a ser votada nas câmaras de vereadores de cada município integrante do consórcio, momento em que o protocolo de intenções se transforma ou se converte, automaticamente, no contrato público de formação do consórcio (art. 5º da Lei n. 11.107/2005 e art. 2º, III, do Decreto n. 6.017/2007);
- 3) com a aprovação da lei pelos municípios, se o consórcio público constituir pessoa de direito público, adquire automaticamente a personalidade jurídica (art. 6º, I, da Lei n. 11.107/2005) ou se tiver personalidade de direito privado, após a aprovação da lei, deverá partir para o

<sup>4</sup> Nessa hipótese, um ponto de atenção diz respeito ao aproveitamento dos servidores ou empregados vinculados ao antigo prestador de serviços. No caso de o prestador de serviços ser uma pessoa jurídica com personalidade de direito público (autarquia, por exemplo), os cargos e funções existentes no âmbito do prestador de serviços podem ser extintos por lei municipal ou podem ser declarados desnecessários por meio de decreto. Extintos os cargos ou declarada sua desnecessidade, os servidores estáveis ficarão em disponibilidade remunerada, com remuneração proporcional ao tempo de serviço (art. 41, § 3º, da CR/88). Os servidores públicos colocados em disponibilidade remunerada podem ser aproveitados pela entidade de regulação constituída, em cargos com remuneração e atribuições compatíveis com aqueles anteriormente ocupados. Os servidores não estáveis cujos cargos tenham sido extintos ou declarados desnecessários serão exonerados, visto que não são alcançados pelo benefício instituído pelo art. 41, § 3º, da Constituição de 1988. Por outro lado, caso o prestador de serviços tenha personalidade jurídica de direito privado, os empregos públicos podem ser transformados em cargos públicos, consequentemente, os empregados passariam a ser servidores estatutários. Nesse caso, para evitar ações judiciais posteriores recomenda-se que nos casos de transformação seja conferida opção aos empregados públicos de continuarem submetidos ao regime celetista ou aderirem ao regime estatutário.

<sup>5</sup> Tem-se como exemplo a Agência Reguladora PCJ (ARES-PCJ), constituída na forma de consórcio público para exercício da regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico nos municípios das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá e seu entorno.

atendimento da legislação civil, quando só então o consórcio adquirirá personalidade jurídica (art. 6º, II, da Lei n. 11.107/2005);

4) finalmente parte-se para a instalação do consórcio, com votação de seus estatutos (art. 7º da Lei n. 11.107/2005).

### **2.3.2.3 Por delegação a agência reguladora de âmbito estadual ou regional ou a consórcio público constituído apenas para regular o serviço público**

O art. 23, § 1º, da Lei n. 11.445/2007 e o art. 31, II, do Decreto n. 7.217/2010 estabelecem a possibilidade de a regulação dos serviços públicos de saneamento básico ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, seja um órgão ou entidade de outro ente da Federação, seja um consórcio público do qual não participe o município.

A delegação da regulação, nesses casos, deve ser feita mediante a celebração de convênio de cooperação, no âmbito da chamada gestão associada de serviços públicos, prevista no art. 241 da Constituição da República de 1988.

Vale lembrar que o convênio administrativo é definido pela doutrina como acordo de vontade celebrado entre entidades públicas ou entre um ente estatal e um particular, no intuito de atender aos objetivos de interesse comum. Isto é, o convênio apresenta-se como importante instrumento de cooperação entre o Estado e as organizações particulares, a fim de executar políticas públicas preceituadas no art. 241 da CR/88.<sup>6</sup>

De fato, o art. 241 da CR/88, na redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional n. 19/1998, inaugurou uma nova era no âmbito do serviço público ao prever que:

União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.<sup>7</sup>

Assim, ao lado das formas tradicionais ou clássicas de realização do serviço público, surgiram no direito brasileiro duas novas formas de realização dos serviços públicos: o consórcio, que consagra a formação de nova pessoa jurídica para realização de atividades públicas, e a associação negocial entre os entes para gestão e regulação conjunta do serviço público, sem que uma nova entidade jurídico-administrativa seja formada.

A partir da realidade dos municípios brasileiros, pode-se afirmar que a gestão associada para as atividades de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico é, sem sombras de dúvidas, importante instrumento dentro da realidade brasileira, tendo em vista que muitos municípios brasileiros não possuem recursos orçamentários suficientes ou mesmo capacidade técnica para realizar tais atividades.

<sup>6</sup> Sobre o tema: conferir MAGALHÃES, 2012.

<sup>7</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## 2.4 Limites da delegação das atividades de regulação e fiscalização

Embora a regulação e a fiscalização dos serviços de saneamento básico sejam passíveis de delegação pelo titular dos serviços, entende-se que o titular não poderia transferir a integralidade de tais atribuições, pois determinados núcleos seriam de sua competência exclusiva.

A impossibilidade de o titular do serviço público abrir mão do dever de regulação e controle já era observada pela doutrina. Exemplo disso é o que sustenta Hely Lopes Meirelles (2001, p. 323): “o dever de regulamentar, fiscalizar e intervir no serviço concedido sempre que não estiver sendo prestado a contento do público a que é destinado, é indeclinável do Poder Público concedente.”

É vedado aos municípios, portanto, simplesmente abrir mão das competências regulatórias e fiscalizatórias sob pena de renúncia indevida às competências previstas na Constituição da República. Justamente por esta razão é que não há previsão legal que autorize o titular dos serviços públicos de saneamento básico a transferir a integralidade das atividades de organização, regulação e fiscalização, seja para entidades de direito público, seja para entidades de direito privado.

É preciso compreender quais parcelas dessas atividades podem ser executadas por terceiros. A titularidade do serviço deve, sempre, ser mantida pelo ente responsável, de modo que, ainda que se aceite que parcela das atividades materiais de execução atinentes ao exercício de tais competências possa ser delegada a terceiros, é vedado aos titulares abrir mão das atividades regulatórias e fiscalizatórias. Como leciona Floriano de Azevedo Marques Neto (2009), o núcleo básico da atividade regulatória, especialmente as de competências normativas e adjudicatórias, deve permanecer intacto.<sup>8</sup>

Por isso é que na gestão compartilhada dos serviços públicos por meio de convênios de cooperação ou consórcios públicos, a delegação não pode abranger o núcleo da regulação do serviço<sup>9</sup>. Nesse sentido, o art. 30 do Decreto n. 7.217/2010 estabelece uma divisão de competências acerca da matéria regulatória, cabendo aos municípios legislar sobre direitos e obrigações dos usuários e dos prestadores, penalidades, procedimentos, como também sobre os critérios para a atuação das entidades de regulação, ficando estas entidades incumbidas da edição das normas referentes às dimensões técnicas, econômicas e sociais da prestação dos serviços.

Constata-se, pois, que há um núcleo básico de atividades fiscalizatórias e de regulação que são indelegáveis em razão de estarem estritamente vinculadas à atividade de planejamento. A esse respeito, vale transcrever trecho da Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 11.445/2007:

Boa parcela do baixo retorno na qualidade e cobertura dos serviços, e os diversos exemplos de desperdício de recursos em obras de saneamento, possuem como motivo a falta ou a deficiência no planejamento dos serviços. Em razão dessa constatação, o **Projeto de Lei coloca o planejamento no papel central da regulação dos serviços**, tanto vinculando os investimentos e tarifas às suas prescrições (arts. 14, § 1º, 15, § 5º, e 16), como estipulando com precisão as obrigações de planejamento dos órgãos e entidades

<sup>8</sup> Há que se salientar que as anotações do autor referem-se ao parecer de sua autoria, que versava sobre o Projeto de Lei n. 5.296/05, que institui as diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e a Política Nacional de Saneamento Básico. Ao contrário do Projeto de Lei n. 7.361/06, que deu origem à Lei n. 11.445/07, havia no Projeto de Lei n. 5.296/05, objeto do parecer, definições sobre a regulação e fiscalização. No entanto, mesmo diante da ausência de tais definições na Lei n. 11.445/07, as anotações do autor merecem ser transcritas, pois tratam da essência das atividades de regulação e fiscalização. (MARQUES NETO, 2009)

<sup>9</sup> MARQUES NETO, *op.cit.* p.155.

federais e dos entes federativos que aderirem à Política Nacional de Saneamento Básico - PNS (arts. 50 a 54). Ao mesmo tempo, **através do planejamento é que haverá a integração das diversas naturezas de serviços públicos de saneamento básico que, facultativamente, poderá envolver outros momentos da gestão, como os da regulação e fiscalização** (art. 2º, III). Além disso, é pelo planejamento que, em primeiro lugar, serão disciplinadas as relações de complementaridade entre os serviços locais e integrados (arts. 11, caput, in fine, e 15, caput, in fine, e § 5º).<sup>10</sup>

Conclui-se que as parcelas indelegáveis da atividade de regulação são aquelas que estão atreladas ao núcleo decisório decorrente da autonomia administrativa do titular do serviço público de saneamento básico. É que alguns aspectos da regulação estão sujeitos à compatibilização com o planejamento das ações de saneamento básico, consistindo, em última análise, em verdadeira política pública da Administração Pública municipal.

O mesmo raciocínio se aplica às atividades fiscalizatórias, já que são os municípios os titulares do serviço público de saneamento básico. Trata-se de uma obrigação prevista no art. 3º da Lei n. 8.987/1995, que submete as concessões e permissões de serviços públicos à fiscalização do poder concedente.

A lei, no entanto, prevendo que a especialidade do serviço fugiria à técnica ordinária dominada pela municipalidade, autorizou que a atividade de regulação e fiscalização fosse delegada a entidades vinculadas ao próprio município ou a entes reguladores pertencentes a outros entes federados. A cooperação é estabelecida por meio de convênio de cooperação ou de consórcio público, instrumentos que permitirão a produção de conhecimento técnico para auxiliar as atividades de saneamento básico, conforme previsto pelo art. 8º da Lei n. 11.445/07.

É imperioso que, ao delegar a atividade de regulação, o convênio de cooperação estabeleça a abrangência dessa delegação, incluindo como ônus da entidade reguladora a edição de padrões e normas a serem observadas pela prestadora de serviços, bem como as dimensões técnicas, econômicas e sociais das atividades de saneamento, enfim, o núcleo de competências previstas no art. 23 da Lei n. 11.445/2007.

O que o legislador pretendeu foi exigir que, por ocasião da própria delegação, haja uma clara e nítida separação entre o que é responsabilidade da entidade reguladora e o que permanecerá na esfera de responsabilidade do titular do serviço, ou seja, a distinção entre o que está inserido na atividade de planejamento (indelegável) e o que é efetivamente atividade de regulação do serviço.

Uma vez delegadas as funções de regulação e fiscalização, caberá ao titular do serviço definir a atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas. Justamente para evitar futuros conflitos de competência, o próprio instrumento de delegação deve separar, de forma detalhada, o que é formulação da política municipal de saneamento, por meio do plano municipal, que permanece sob responsabilidade municipal, e o que é regulação do serviço, competência delegada à entidade reguladora autônoma.

<sup>10</sup> Exposição de Motivos da Lei n. 11.445/ 2007.

## 3 CONTROLE SOCIAL DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

### 3.1 O controle social como princípio fundamental da prestação dos serviços de saneamento básico

A Constituição de 1988 foi editada em um cenário político de retomada da democracia e da representação política no país, tendo introduzido a soberania popular como princípio basilar no ordenamento jurídico brasileiro, a ser exercida essencialmente pelo voto, por meio do qual se transfere o exercício das funções legislativas e executivas aos representantes eleitos pelo povo.

No entanto, a Constituição foi além e abriu espaço para permitir o desenvolvimento das mais variadas formas de participação do cidadão na atividade estatal, não só com a escolha dos agentes políticos por meio de voto, mas também por meio de formas de participação efetiva da comunidade na gestão estatal. Trata-se da cristalização da moderna orientação doutrinária no âmbito do direito público para atualizar e incrementar as formas de participação da sociedade na atuação da Administração Pública.

Nesse sentido, seguindo a tendência de se assegurar a maior participação dos cidadãos na formulação e na avaliação de políticas públicas, a Lei n. 11.445/2007 destaca como princípios fundamentais que regem os serviços públicos de saneamento básico aqueles que garantem a participação popular, conforme se extrai do art. 2º, incisos IX e X:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

[...]

IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X - controle social;

Diante desse quadro principiológico definido pelo marco nacional do saneamento básico, o Decreto n. 7.217/2010 prevê alguns dos mecanismos que podem ser adotados para se efetivar a participação da sociedade nos processos de planejamento e avaliação dos serviços públicos de saneamento básico, conforme se extrai do art. 34:

Art. 34. O controle social dos serviços públicos de saneamento básico poderá ser instituído mediante adoção, entre outros, dos seguintes mecanismos:

I - debates e audiências públicas;

II - consultas públicas;

III - conferências das cidades; ou

IV - participação de órgãos colegiados de caráter consultivo na formulação da política de saneamento básico, bem como no seu planejamento e avaliação.

Trata-se de rol exemplificativo, de modo que é perfeitamente possível que sejam adotados outros mecanismos aptos a garantir a participação dos cidadãos no planejamento e no controle dos serviços públicos de saneamento básico.

Não obstante, em algumas hipóteses específicas, a própria Lei n. 11.445/2007 e o Decreto n. 7.217/2010 estabelecem que seja adotado especificamente determinado mecanismo previsto na legislação.

Assim, o art. 19, § 5º, da Lei n. 11.445/2007, exige que o plano de saneamento básico, a ser editado pelo titular do serviço, seja precedido de audiências ou consultas públicas.

Também no caso da delegação de serviços públicos de saneamento básico, seja para a iniciativa privada, seja para a gestão associada com outro ente da Federação, o art. 11, IV, da Lei n. 11.445/2007 exige a realização de prévia audiência pública e de consulta pública sobre o edital de licitação e sobre a minuta do contrato de concessão ou de programa, conforme o caso.

### 3.2 Das audiências públicas e consultas públicas

A Lei n. 11.445/2007 estabelece que um dos mecanismos para o exercício do controle social pelos cidadãos e pelos usuários dos serviços de saneamento básico é a realização de audiências e consultas públicas, tendo especificado, inclusive, hipóteses em que tais procedimentos são obrigatórios.

A Lei Federal n. 9.784/1999, chamada Lei de Processo Administrativo, disciplina a consulta pública e a audiência pública no âmbito da Administração Pública federal direta e indireta, nos seguintes termos:

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. [...]

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Como se percebe, tanto a consulta pública como a audiência pública são lançadas na Lei n. 9.784/1999 como atos integrantes da instrução do processo administrativo, de modo a permitir maior publicidade e transparência para a atividade administrativa bem como participação da comunidade envolvida na tomada das decisões estatais.

Na linha normativa traçada pela Lei n. 9.784/1999, tem-se que a consulta pública é meio de participação no processo administrativo que se dá por escrito, ou seja, mediante manifestação formal dos interessados. Conforme orientação de Carvalho Filho:

Consulta pública é o meio de participação pública através do qual a Administração permite a manifestação de terceiros no processo administrativo, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, quando nele estiver em discussão matéria de interesse geral (art. 31). (...) Essa manifestação é que a lei denomina de alegações escritas, para o fim de exigir que sejam elas formalizadas e as peças que as contenham, devidamente juntadas ao processo. (CARVALHO FILHO, 2013, p. 186-187)

Já a audiência pública é meio de participação popular no processo administrativo que ocorre em ato realizado pela Administração cuja forma de debate é oral, realizado em sessão pública, como destaca Carvalho Filho (2013, p.192): “audiência pública é a forma de participação popular pela qual determinada questão relevante, objeto de processo administrativo, é sujeita a debate público e pessoal por pessoas físicas ou representantes de entidades da sociedade civil”.

Assim, segundo Flávia W. Frangetto:

A audiência pública possui uma finalidade instrumental maior de participação que a consulta pública. Ela serve também para informação, mas com o plus de ser o foro de promoção de um ‘debate sobre a matéria do processo’. Debate significa transmissão de informações na qual os pólos da relação processual administrativa, a administração, os interessados e os participantes da audiência pública discutam sobre a questão do processo. (FRANGETTO, 2008, p.161)

Não há no ordenamento jurídico brasileiro uma norma que estabeleça procedimentos gerais e os prazos que devem ser observados pelo Poder Público na realização de audiências e consultas públicas. Não obstante, existem normas federais que disciplinam procedimentos de audiência e consulta públicas e podem ser consideradas diretrizes de razoabilidade que podem ser adotadas como parâmetros.

A Lei Federal n. 8.666/1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 39, determina que se realize audiência pública como etapa inicial e obrigatória para licitações de elevado valor, definindo alguns procedimentos e prazos a serem observados:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Já a Lei Federal n. 11.079/2004, Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs), estabelece, em seu art. 10, que a abertura de processo licitatório para a contratação de PPP fica condicionada à submissão da minuta de edital e contrato à consulta pública, nos seguintes termos:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:  
[...]  
VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;

Assim, a partir dos critérios definidos nas Leis n. 8.666/1993 e 11.079/2004, pode-se resumir os prazos de anterioridade previstos:

- a) audiências públicas: antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para publicação do edital e divulgada com antecedência mínima de 10 dias da data de sua realização;
- b) consultas públicas: prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 dias antes da data prevista para a publicação do edital.

Vale observar, contudo, que esses critérios são meramente indicativos, podendo os entes públicos responsáveis pela realização dos procedimentos optar por prazos diversos, desde que assegurada a efetiva participação e contribuição da população.

### 3.3 Órgãos colegiados de controle social

Uma das formas de controle social dos serviços de saneamento básico trazida pela Lei n. 11.445/2007 é a constituição de órgãos colegiados, conforme estabelece o art. 47:

Art. 47. O controle social dos serviços públicos de saneamento básico poderá incluir a participação de órgãos colegiados de caráter consultivo, estaduais, do Distrito Federal e municipais, assegurada a representação:

I - dos titulares dos serviços;

II - de órgãos governamentais relacionados ao setor de saneamento básico;

III - dos prestadores de serviços públicos de saneamento básico;

IV - dos usuários de serviços de saneamento básico;

V - de entidades técnicas, organizações da sociedade civil e de defesa do consumidor relacionadas ao setor de saneamento básico.

§ 1º As funções e competências dos órgãos colegiados a que se refere o *caput* deste artigo poderão ser exercidas por órgãos colegiados já existentes, com as devidas adaptações das leis que os criaram.

§ 2º No caso da União, a participação a que se refere o *caput* deste artigo será exercida nos termos da Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, alterada pela Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003.

Observe-se, inicialmente, que o comando legal, ao utilizar o vocábulo “poderá”, estabelece que a instituição dos órgãos colegiados de controle social é uma faculdade, e não uma obrigação. Logo, a instituição dos órgãos de controle social é apenas um entre os possíveis instrumentos existentes para exercício do controle social.

O art. 34, § 6º, do Decreto n. 7.217/2010, por sua vez, estabeleceu que, a partir do exercício financeiro de 2014, seria vedado o acesso aos recursos federais ou aos geridos ou administrados por órgão ou entidade da União, quando destinados a serviços de saneamento básico, aos titulares dos serviços que não instituírem órgão colegiado de controle social. Posteriormente, por meio do Decreto n. 8.221/2014, o prazo para instituição dos órgãos de controle social foi estendido para 31 de dezembro de 2014. Dessa forma, atualmente o acesso a recursos federais para investimento em saneamento básico depende da existência de órgão colegiado de controle social.

Ocorre que, embora o Decreto n. 7.217/10 condicione o acesso dos Municípios a recursos federais mediante a instituição de órgãos de controle social dos serviços de saneamento básico, não definiu critérios objetivos para que eventuais órgãos existentes sejam considerados adequados para fins de verificação do cumprimento da exigência.

O Ministério das Cidades é o órgão federal responsável pela definição da política de subsídio a programas de saneamento básico. No exercício dessa atribuição, o Ministério editou a Portaria n. 481/2012, que dispõe sobre a regulamentação dos requisitos mínimos e dos procedimentos para aprovação de projetos de investimentos considerados prioritários em infraestrutura para o saneamento básico.

A portaria define como requisito mínimo que os empreendimentos propostos “adotem soluções de gestão que promovam serviços eficazes e incorporem o controle social”. No entanto, não apresenta parâmetros específicos e objetivos para que os mecanismos de controle social sejam considerados adequados.

Dessa forma, as únicas diretrizes objetivas existentes para fins de constituição dos órgãos colegiados de controle social dos serviços de saneamento são aquelas trazidas pela Lei n. 11.445/2007 e pelo Decreto n. 7.217/2010, a saber:

- (i) natureza consultiva (art. 47, *caput*, da Lei n. 11.445/2007);
- (ii) garantia de representação de titulares dos serviços; órgãos governamentais relacionados ao setor de saneamento básico; prestadores de serviços públicos de saneamento básico; usuários de serviços de saneamento básico e de entidades técnicas; e organizações da sociedade civil e de defesa do consumidor relacionadas ao setor de saneamento básico (art. 47, I a V, da Lei n. 11.445/2007);
- (iii) instituição por meio de legislação específica (art. 34, § 6º, do Decreto n. 7.217/2010).

Logo, o órgão de controle social terá natureza meramente consultiva, e não deliberativa, de modo que as definições expedidas pelo órgão de controle não terão caráter vinculante para o Poder Público. No entanto, vale ressaltar que, ainda que a manifestação do órgão não seja vinculante para o Poder Público, representará a orientação da sociedade acerca do saneamento básico, de modo que não poderá ser simplesmente ignorada sem nenhuma motivação.

Deve ainda ser considerado que a legislação define quais são os segmentos da sociedade que têm de ter sua participação assegurada no âmbito dos órgãos de controle social, mas não estabelece critérios de proporcionalidade ou paridade da representação de cada um dos segmentos.

Veja-se, ademais, que o art. 34, § 6º, do Decreto n. 7.217/2010, exige a constituição do órgão de controle social por meio de legislação específica, de modo a entender que poderiam ser instituídos por decreto ou mesmo por portaria editada por órgão municipal (por exemplo, alguma secretaria).

Por fim, o § 5º do art. 34 do Decreto n. 7.217/10 apresenta mais um critério a ser observado na constituição dos órgãos de controle social, que é a garantia do “acesso a quaisquer documentos e informações produzidos por órgãos ou entidades de regulação ou de fiscalização, bem como a possibilidade de solicitar a elaboração de estudos com o objetivo de subsidiar a tomada de decisões”.

A Lei n. 11.445/2007 não restringe a competência para instituição de órgãos de controle social aos municípios, deixando aberta a possibilidade de instituição desses órgãos em âmbito estadual e federal.

Contudo, nos termos do art. 34, § 6º, do Decreto n. 7.217/2010, compete ao titular dos serviços (ou seja, o município) a constituição de órgão colegiado de controle social para fins de viabilização do acesso a recursos públicos federais. Não obstante, no caso de delegação dos serviços de saneamento básico em contexto de prestação regionalizada, entende-se que a instituição do órgão de controle social poderia ser realizada de duas maneiras:

- (i) Criação de um órgão de controle social no âmbito de cada um dos municípios da região, por meio de ato legal ou infralegal (por exemplo, decreto ou portaria) editado por cada um dos municípios; ou
- (ii) Instituição de um único órgão colegiado de controle social para toda a prestação regionalizada dos serviços de água e esgoto.

Com efeito, entende-se possível a criação de um único órgão de controle social para toda a prestação regionalizada, desde que seja garantida a participação de cada um dos municípios envolvidos e de representantes dos usuários e da sociedade civil de cada municipalidade, de modo a assegurar a observância do disposto no art. 47 da Lei Federal n. 11.445/2007.

## 4 CONCLUSÕES

A partir da edição da Lei n. 11.445/2007 foi prevista uma diretriz geral para a efetiva implantação da regulação no âmbito dos serviços públicos de saneamento básico por entidade dotada de independência técnica, de autonomia decisória e de compreensão dos aspectos técnicos e econômico-financeiros que envolvem a prestação das atividades que compõem o saneamento básico.

Essa regulação autônoma e independente coaduna-se com os mecanismos de participação popular tratados na Lei n. 11.445/2007, na medida em que constituem meios democráticos de controle de um serviço público imprescindível à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que todo o escopo legal regulatório e de controle social será inócuo se não for devidamente compreendido e adequado à realidade local de cada município.

Reconhecer e tutelar o imprescindível distanciamento entre a atividade regulatória e os interesses político-partidários é apenas o primeiro passo para o início de uma regulação legítima. Prever a utilização dos instrumentos como a consulta e a audiência pública também é pressuposto essencial para assegurar a participação popular efetiva.

Entretanto, diante da pluralidade de realidades existentes em cada um dos municípios das cinco regiões brasileiras, deve-se reconhecer também a dificuldade em efetivar todos os institutos da Lei n. 11.445/2007, seja por carência de recursos orçamentários, seja por carência de capacidade técnica. Nesse sentido, a título exemplificativo, vale citar que, segundo apuração da Secretaria Nacional de Saneamento Básico Ambiental do Ministério das Cidades, em outubro de 2015, apenas 31% dos municípios brasileiros tinham elaborado seu plano municipal de saneamento básico, instrumento de planejamento de edição obrigatória nos termos da Lei n. 11.445/2007.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 11.445/2007. Dispõe sobre a regulação de serviços públicos de saneamento básico, que poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/203629/>>. Acesso em: 8 abr. 2016.

BRASIL. Exposição de motivos da Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei n. 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/308678.Pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

BRASIL. Decreto n. 7.217, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/D7217.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/D7217.htm)>. Acesso em: 5 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 22 jun. 1993a, republicada e retificada em 6 jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 11.107/2005. Dispõe sobre as normas gerais para contratação de consórcios públicos.

BRASIL. Constituição (88). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei n. 9.784, de 29/01/1999*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FRANGETTO, Flávia Witkowski. A instrução processual administrativa adaptada à participação pública (arts. 29 - 35). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Data do recebimento: 11 abr. 2016

Data de aceite para publicação: 21 maio. 2016