



LUCAS CORREA FAIM

**A INSERÇÃO DO SEGURO-GARANTIA COMO MEIO DE ATENDIMENTO AO
INTERESSE PÚBLICO NOS CONTRATOS DE SANEAMENTO BÁSICO
FIRMADOS PERANTE A LEI N° 14.026/2020**

Franca

2021

F161i

Faim, Lucas Correa

A inserção do seguro-garantia como meio de atendimento ao interesse público nos contratos de saneamento básico firmados perante a lei nº 14.026/2020 / Lucas Faim. -- Franca, 2021
84 p. : il., tabs.

Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado - Direito) Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências

Humanas e Sociais, Franca

Orientador: José Carlos De Oliveira

1. Direito administrativo. 2. Contratos Públicos. 3. Saneamento. 4.
Seguros direito. I. Título.

LUCAS CORREA FAIM

**A INSERÇÃO DO SEGURO-GARANTIA COMO MEIO DE ATENDIMENTO AO
INTERESSE PÚBLICO NOS CONTRATOS DE SANEAMENTO BÁSICO
FIRMADOS PERANTE A LEI N° 14.026/2020**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira

Franca

2021

LUCAS CORREA FAIM

**A INSERÇÃO DO SEGURO-GARANTIA COMO MEIO DE ATENDIMENTO AO
INTERESSE PÚBLICO NOS CONTRATOS DE SANEAMENTO BÁSICO
FIRMADOS PERANTE A LEI N° 14.026/2020.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita
Filho”, como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Franca, 08 de dezembro de 2021.

Prof. Dr. José Carlos de Oliveira
Orientador

Prof. Me. Gianluca Contiero Murari
Membro titular

Profa. Ma. Taysa Pacca Ferraz de Camargo
Membro titular

AGRADECIMENTOS

O paradigma de aqui se redigir uma lista extensa é colocado perante a abrangência de todos os que se fizeram presentes durante esses cinco anos e o real intuito de apontar-se aqueles que preferiram a diferença de me sustentarem incondicionalmente nessa caminhada. Assim, tento posicionar-me entre o correto e o necessário.

Poderia ater-me às considerações sobre a presteza profissional de meu orientador, Professor Doutor José Carlos de Oliveira, cujos ensinamentos concretizaram a área de meu maior apreço nas ciências jurídicas e cujas direções na presente dissertação não poderiam ter sido mais proveitosas e relevantes.

Em igual teor, seriam cabíveis apontamentos incessantes ao meu maior combustível de gana profissional e orgulho pessoal, àqueles para os quais o vocativo “amigo”, há tempos, já não é mais suficiente para expressar o afeto infundável que sinto: Gabriel, Pedro, Lorenzo, Luiz, Pedro Paulo, Per dona, Gustavo, Vinícius, Marcelo, Matheus, Anselmo, Paulo, Beatriz, Amanda e Catherine. Seja em meu município natal ou no de minha graduação, eles demonstram, a todo tempo, que a felicidade só é completa quando compartilhada.

Nesse sentido, lugar excepcional haveria de ser delegado à ressignificação de meu afeto, à incorporação de meus sentimentos mais puros e sinceros e à maior prova de companheirismo que jamais sonhara em ter, ou, em outros termos, à minha namorada, Andrielly, que faz de minhas lágrimas, sorrisos, e de meus sorrisos, realizações.

Existiria, da mesma forma, grande vontade de minha parte em ao menos dignificar os verdadeiros responsáveis pela integralidade de minhas conquistas: meus pais, que todos os dias se levantaram preocupados com meu bem-estar físico, psíquico e moral, direcionando qualquer esforço disponível para que eu fosse verdadeiramente feliz. Por eles, a gratidão e admiração que sinto jamais serão expostas de maneira suficiente.

Contudo, com meus agradecimentos, procuro o real desígnio que me trouxe até esse momento, a síntese ideal de conhecimento, ternura e dedicação, algo que sublima o maior de meus fascínios, faz jus às superações impostas pela vida e, ao mesmo tempo, demonstra que amor e respeito são dois conceitos plenamente coesos.

A saída, desse modo, não poderia ser outra que não o lugar de glória e louvor nunca delegado com o devido mérito às minhas avós, Elvira e Shirley, mulheres que fizeram com que as letras que escrevo fossem, antes de tudo, fruto dos mais árduos suores e lágrimas, seja pelo cansaço das costuras incessantes ou pelas dores das colheitas de algodão. A monografia aqui

redigida é uma homenagem à eternidade que vocês possuem em mim e ao exemplo do ser humano que um dia almejo ser.

“Um dos maiores erros é julgar as políticas e programas por suas intenções, em vez de julgá-los por seus resultados.”

- Milton Friedman

RESUMO

A presente monografia foi redigida com o intuito de analisar a realidade contemporânea e as problemáticas que permeiam o saneamento básico no Brasil, principalmente sua evolução legislativa e implicações derivadas da promulgação da Lei nº14.026/2020. Destarte, com vistas ao estabelecimento de um panorama contratual saudável aos signatários, buscou-se compreender a possível aplicabilidade do seguro-garantia, congênera do *performance bond* estadunidense, como forma de atendimento ao interesse público e à proteção do erário na prestação dos serviços da área. De forma mais específica, abordou-se o cenário de não efetividade legal do saneamento básico nacional, detalhando-se suas razões legais e, por consequência, os fundamentos para as disposições constantes na Lei nº14.026/2020, enquanto examinou-se a estrutura do seguro-garantia brasileiro, depreendendo suas limitações práticas em face de sua origem como espécie derivada do *performance bond*, sempre com a intensão de captar suas possíveis contribuições ao setor. O método utilizado em face de tais objetivos foi o estudo hipotético-dedutivo bibliográfico em artigos, revistas científicas, doutrinas e legislações aplicáveis. Ademais, para a compreensão do seguro-garantia e seu instituto originador, remeteu-se à incidência pontual de direito comparado. Dessa maneira, pelos resultados obtidos, restou provado que, apesar das similaridades estruturais, o seguro-garantia resguarda implicações factuais muito distantes do *performance bond*. Concluiu-se, assim, pela plena aplicabilidade do seguro-garantia aos contratos do setor, mas, para a sua real eficácia, em moldes próximos ao dispositivo norte-americano, necessitando-se de três alterações legislativas imprescindíveis: o aumento do teto de cobertura máximo de 30% para 100% do valor do contrato, a unificação das legislações pertinentes - Leis nº8.666/1993 e nº14.133/2021 em face da Circular Susep nº477 – e a obrigatoriedade da incidência do seguro-garantia com cobertura ao menos integral nos contratos de saneamento básico previstos pela Lei nº14.026/2020.

Palavras-chave: saneamento básico; seguro-garantia; *performance bond*; contratos administrativos.

ABSTRACT

This monograph was written with the aim of analyzing the contemporary reality and the problems that permeate basic sanitation in Brazil, especially its legislative evolution and implications originated from the enactment of Law n°14.026/2020. Thus, with a view to establishing a healthy contractual panorama for the signatories, an attempt was made to understand the possible applicability of the guarantee-insurance, a derivative from United States' performance bond, as a way of meeting the public interest and protecting the treasury in the provision of sanitation services. More specifically, it addresses the scenario of legal ineffectiveness of national basic sanitation, detailing its legal reasons and, consequently, the grounds for the affirmatives contained in Law n°14.026/2020. Likewise, the structure of the Brazilian guarantee-insurance is specified, inferring its practical limitations in view of its origin as a kind derived from the performance bond, always with the intention of capturing its possible contributions to the sector. The method used in view of these objectives was the bibliographical study in articles, scientific journals, doctrines and applicable legislation. Furthermore, in order to understand the guarantee-insurance and its original institute, reference was made to the specific incidence of comparative law. Thus, from the results obtained, it was proven that, despite the structural similarities, Brazilian guarantee-insurance holds factual implications that are far removed from performance bond. It was concluded, therefore, that the guarantee insurance is fully applicable to contracts in the basic sanitation sector, but for its real effectiveness, close to the North American provision, three legislative changes will be essential: the increase in the maximum coverage ceiling of 30% for 100% of the contract value, the unification of the applicable legislation - Circular Susep n° 477 and Law n° 8.666/1993 - and the mandatory incidence of the guarantee-insurance with, at least, full coverage of the basic sanitation's contracts provided towards the Law n°. 14.026/2020.

Keywords: basic sanitation; guarantee insurance; performance bond; administrative contracts.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1- Percentual de Municípios com serviço de esgotamento sanitário por rede coletora, segundo as Grandes Regiões - 1989/2017	16
Figura 2 - Investimentos realizados pelo PLANASA em abastecimento de água - 1970/1984	31
Figura 3 - Investimentos realizados pelo PLANASA em esgoto - 1970/1984.....	31
Figura 4 - Municípios com serviço de esgotamento sanitário em funcionamento, por instrumento de delegação da prestação do serviço de esgotamento sanitário.	40
Figura 5 - Municípios com serviço de abastecimento de água em funcionamento, por instrumento de delegação da prestação do serviço de esgotamento sanitário.	40
Figura 6 - Relação tripartite nos contratos de performance bond.....	54

LISTA DE SIGLAS

ABCON	Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto
ANA	Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico
BACEN	Banco Central do Brasil
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BNH	Banco Nacional de Habitação
CESB	Companhias Estaduais de Saneamento Básico
CF	Constituição Federal
FAE	Fundo de Financiamento para Água e Esgoto
FGTS	Fundo de Garantia de Tempo de Serviço
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MRSB	Marco Regulatório do Saneamento Básico
PLANASA	Plano Nacional de Saneamento
PLANSAB	Plano Nacional de Saneamento Básico
PNSB	Pesquisa Nacional de Saneamento Básico
PPP	Parceria Público-Privada
SFS	Sistema Financeiro de Saneamento
SNIS	Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TREINAT	Treinamento de Assistência Técnica

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 Objetivos gerais	12
1.2 Objetivos específicos.....	12
1.3 Justificativa	13
1.4 Métodos e materiais.....	13
2 PANORAMA ATUAL DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL	15
2.1 Saneamento básico como serviço público essencial na Constituição Federal de 1988	19
2.2 Competências e titularidades dos entes federativos	21
2.2.1 Da União e suas competências	21
2.2.2 Dos estados e suas competências.....	22
2.2.3 Dos municípios e da titularidade	23
3 SOBRE A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO SANEAMENTO BÁSICO NACIONAL	26
3.1 O Plano Nacional de Saneamento - PLANASA	26
3.1.1 Sistemática do Plano.....	28
3.1.2 Legado ao Setor Sanitário.....	30
3.2 Lei nº 11.445 de 2007 – Marco Regulatório do Saneamento Básico	33
4 DA ATUAL REALIDADE CONTRATUAL E DA LEI Nº 14.026 DE 2020.....	39
4.1 Contratos Administrativos.....	41
4.2 Contratos de Concessões	41
4.3 Contratos de Programa.....	43
4.4 Da busca por homogeneidade.....	45
4.5 Lei nº14.026 de 2020.....	46
5 DO SEGURO-GARANTIA E SUA APLICABILIDADE	52
5.1 Origem e procedimento de uso nos Estados Unidos.....	54
5.2 Seguro-garantia brasileiro	58
5.3 Seguro-garantia nas Leis nº 8.666 de 1993 e nº14.133 de 2021	62
5.4 Aplicação do seguro-garantia como instrumento de influência na performance dos contratos de saneamento básico	67
6 CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

1 INTRODUÇÃO

Imbróglgio intrínseco à formação do Estado-nação brasileiro, o saneamento básico constitui setor de incontestável defasagem no país. A execução dos serviços necessários para o esgotamento sanitário e o abastecimento de água, historicamente objeto de múltiplos intentos legislativos infrutíferos, resta exígua, estendendo-se aos tempos hodiernos com índices parcos e indignos: 39,4 milhões de brasileiros não possuem acesso ao abastecimento de água e, no que tange ao tratamento de esgoto, 101 milhões de pessoas não contam com a efetivação do serviço (BRASIL, 2019, p.58) que, por sua vez, ainda é distribuído de forma desigual entre as macrorregiões nacionais - o Norte, em 2017, possuía apenas 16,2% de seus municípios atendidos, enquanto no Sudeste esta proporção se encontrava na grandeza de 90% já em 1989 (IBGE, 2000).

Considerando-se a complexidade do tema, diversos são os fatores evocados na tentativa de explanação sobre o referido cenário. Contudo, de forma consensual, dois são os mais preponderantes, sendo eles: a fragmentação das políticas públicas e a longa carência de instrumentos de regulação sobre a área. Ambos, heranças de um relapso planejamento nacional que se mostrou, em verdade, ausente desde o fim do Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, em 1991, até o advento da Lei nº 11.445 que, em 2007, passou a estabelecer, enfim, diretrizes nacionais no campo.

Frisa-se, todavia, que dentre os princípios norteadores desta norma, popularmente intitulada Marco Regulatório do Saneamento Básico – MRSB -, encontrava-se a universalização, descrita no próprio texto legal como a ampliação progressiva do acesso ao saneamento básico para os domicílios ocupados do país. Dado disposto principiologicamente, como já demonstrado supra, apresenta-se invariavelmente distante de sua concretude.

Na conjuntura dos fatos expostos e pela premência inerente à questão, foi sancionada, em 2020, a Lei nº 14.026 – atualizadora do Marco Regulatório do Saneamento – possuindo como finalidade precípua justamente a difusão e qualificação da prestação dos serviços no setor. Destarte, para além das numerosas alterações trazidas pela *novatio legis* ao dispositivo de 2007, a matéria de análise da presente monografia há de se respaldar com maior enfoque na necessidade de repactuação dos contratos vigentes frente às etapas essenciais para essa universalização dos serviços, agora atrelados à organização da prestação regionalizada, à adequação da regulação às normas da Agência Nacional de Águas e, principalmente, à captação da iniciativa privada para o cumprimento de metas de eficiência pré-estabelecidas que preveem,

até 31 de dezembro de 2033, cobertura de 99% para o fornecimento de água potável e de 90% para coleta e tratamento de esgoto.

Inserido neste contexto de remodelações contratuais, situa-se o impasse sobre como tais instrumentos, durante sua reestruturação, se adequariam de fato às exigências do interesse público, perpassando não somente as balizas regulatórias de efetividade da Lei nº14.026/2020, mas também o pudor para com o erário e o tratamento à urgência da expansão do sistema como prioridade na saúde pública.

Nesse diapasão, surge a figura do seguro-garantia do setor público, instituto congênere do *performance bond* estadunidense, com aplicação ainda incipiente no Brasil, mas respaldado no país pelos art. 56 da Lei nº8.666/93 e art. 97 da Lei nº14.133/2021, igualmente regulamentado pela Circular Susep nº477/2013 que, em seu art. 4º, caput, conceitua:

Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurador em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...].

Em suma, a natureza desta modalidade securitária tem por base uma relação tripartite entre seguradora, administração pública - segurada - e tomador dos serviços, havendo entre a segurada e o tomador, contrato principal que compreende o objeto da garantia, e entre seguradora e segurada, apólice emitida mediante pagamento de um prêmio, por fim, entre seguradora e tomador, há relação de contragarantias. Dessa forma, em caso de descumprimento do objeto contratual a seguradora indenizará o segurador, dando continuidade, por meio de terceiros, ao objeto não executado, sob a sua responsabilidade, ou ainda indenizando, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e multas advindos da rescisão e cobertos pela apólice.

Nada obstante, como já mencionado, dada espécie de seguro é coadjuvante nacional na elaboração dos contratos administrativos de infraestrutura, resguardando significativo espaço de ampliação legislativa. Para fins comparativos, seu instituto originador, o *performance bond*, apesar de conter dissimilaridades consideráveis com seu correlato sul-americano, pode ser naturalmente utilizado para explicitar os contrastes entre as respectivas regulações: no Brasil, o seguro-garantia tem natureza de caráter opcional para as obras de grande vulto, contando ainda com teto limite de 30% do valor do contrato principal. De outra parte, para 43 dos 50 estados norte-americanos, em casos de mesma proporção, o *performance bond* é aplicado de forma obrigatória e com monta de apólice mínima de 50% da cifra contratual (NACM, 2020, p.34).

Pari passu, referido desencontro entre os países, no que se refere à atribuição desempenhada pelos seguros em suas contratações administrativas, é evidenciado pelo incontestado protagonismo sistêmico do seguro originador nas pactuações da administração pública nos Estados Unidos, que acaba por mobilizar, em média, US\$ 3,5 bilhões por ano (GALIZA, 2015, p. 27) e confere, em concomitância com outros fatores, uma proporção ínfima de inadimplemento dos contratos públicos, já aferida em 0,19% (MYERS, 1999, p. 36).

Nesse sentido, o ponto central para a problemática deverá ser deliberar, percebido o papel estrutural do instituto análogo, a respeito da natureza jurídica e dos conceitos técnicos que permeiam o seguro-garantia nacional, de modo que se aprecie a viabilidade legal e os impactos de sua inserção nos contratos de saneamento repactuados após 2020. Por consequência, faz-se necessário perquirir se as modulações para uma aplicação mais eficaz deste seguro, com tetos de apólices maiores que os atuais, bem como uma regulamentação própria, enfática e expansiva, seria de fato mais benéfica e eficiente nos moldes da Lei nº 14.026/2020.

1.1 Objetivos gerais

Analisar e compreender, no âmbito do Direito Administrativo inerente ao saneamento básico, os aspectos jurídicos e sociais do saneamento básico e da aplicação do seguro-garantia nos contratos públicos repactuados em face da Lei nº 14.026/2020, de tal sorte a se abranger o funcionamento jurídico desta subsunção, o delineamento dos termos de sua regulamentação na área e sob quais condições seu implemento significaria o atendimento ao melhor interesse público da satisfação contratual perante o setor em questão.

1.2 Objetivos específicos

Discorrer, no mesmo contexto, acerca do reiterado cenário de não efetividade legal do saneamento básico nacional, examinando as razões para o descumprimento prático da Lei nº 11.445/2007 e os fundamentos para a promulgação da Lei nº 14.026/2020.

Em paralelo, esmiuçar o funcionamento do seguro-garantia brasileiro, assimilando suas limitações práticas no país, contrastando sua execução com o congênere performance bond estadunidense e perquirindo se determinadas modulações legais em sua natureza seriam mais benéficas e eficientes ao novo saneamento básico nacional.

Desta feita, poder-se-á caracterizar as possíveis condições para a efetividade contratual.

1.3 Justificativa

A presente monografia se faz mister em um contexto como o já explicitado em tópico 1 deste documento, no qual a inefetividade de concretização das políticas públicas de saneamento constitui elemento frequente nas macrorregiões do país. Dado fato incontestável ecoa seus males pelos mais variados âmbitos da administração pública, mais enfaticamente na saúde, área na qual o dispêndio humano e financeiro se demonstra muito mais árduo em áreas com baixos índices de esgotamento sanitário e abastecimento de água. Para tanto, exemplifica-se: o Instituto Trata Brasil (2017a, p.40) concluiu que as dez piores cidades de seu Ranking de Saneamento de 2017 apresentaram 92.338 internações por diarreia entre os anos de 2007 e 2015. No mesmo período, os dez melhores municípios registraram apenas 22.746 casos pelo mesmo motivo, quantia 4,06 vezes menor.

Logo, pela urgência das circunstâncias compreendidas e pela recente promulgação da Lei nº14.026/2020, tentativa clara de conferir maior celeridade na ampliação do sistema, convencionou-se que, em paralelo com o novo intento legislativo, há de se buscar o emprego de institutos atualizados de garantia, de forma que se assegure o fiel adimplemento dos contratos nos moldes de celeridade e qualidade exigidos pela natureza dos serviços.

Em tal panorama de demanda por alternativas viáveis, surge o seguro-garantia com natureza jurídica compatível com as exigências do interesse público nas circunstâncias delineadas e histórico de triunfo no exterior por meio de instituto congênere. Assim, o estudo desta modalidade securitária impõe-se de modo capital na busca pela superação da morosidade nos atuais paradigmas sanitários do país e pela efetividade de seus direitos fundamentais correlatos.

1.4 Métodos e materiais

Inerente à natureza do objeto supra delineado, tem-se como essencial a realização de estudo bibliográfico em artigos, revistas científicas, doutrinas e legislação aplicável, de modo que se compreenda com profundidade os tópicos cotejados pelos objetivos mencionados.

Nesse sentido, destacando-se as necessidades particulares da metodologia empregada, os pontos específicos de origem e cotejo do seguro-garantia perante o *performance bond*, demandarão execução pontual e incidental do direito comparado entre os institutos, por meio de recorte próprio da bibliografia estrangeira que possibilite o correto aferimento da aplicação e do alcance de ambas as espécies securitárias.

Em conclusão, o trabalho aqui metodologicamente descrito seguirá a análise dos dados e bibliografia levantados, possuindo natureza descritiva e exploratória para a conceituação e análise qualitativa dos temas.

2 PANORAMA ATUAL DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

De modo fundamentalmente inicial, enfatiza-se que será aplicada, na presente monografia, a definição de saneamento básico prevista pelo ordenamento nacional, mais especificamente pela Lei nº 11.445 de 2007, cujo art. 3º, inciso I, conceitua:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e
- d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes;

Não obstante, em que pese a ampla definição empregada pela lei, para fins de síntese objetiva e enfoque no escopo administrativo-contratual da matéria, garantir-se-á maior destaque às alíneas a e b do artigo supracitado, sem prejuízo do entendimento de suas implicações na limpeza urbana, no manejo de resíduos sólidos e na drenagem de águas pluviais urbanas.

Entende-se, todavia, que indiferentemente de sua conceituação ampla ou restrita, tratar do déficit no sistema sanitário brasileiro é, em suma, analisar uma trajetória de dados precários, morosamente progressivos e pouco vitoriosos. O convívio com estatísticas calamitosas na área é parte do cotidiano nacional desde a concepção do levantamento de dados como ferramenta para implementação de políticas públicas. Tratam-se, assim, de informações populares e amplamente difundidas, mas que, de qualquer modo, se fazem necessárias para o regular desenvolvimento da temática.

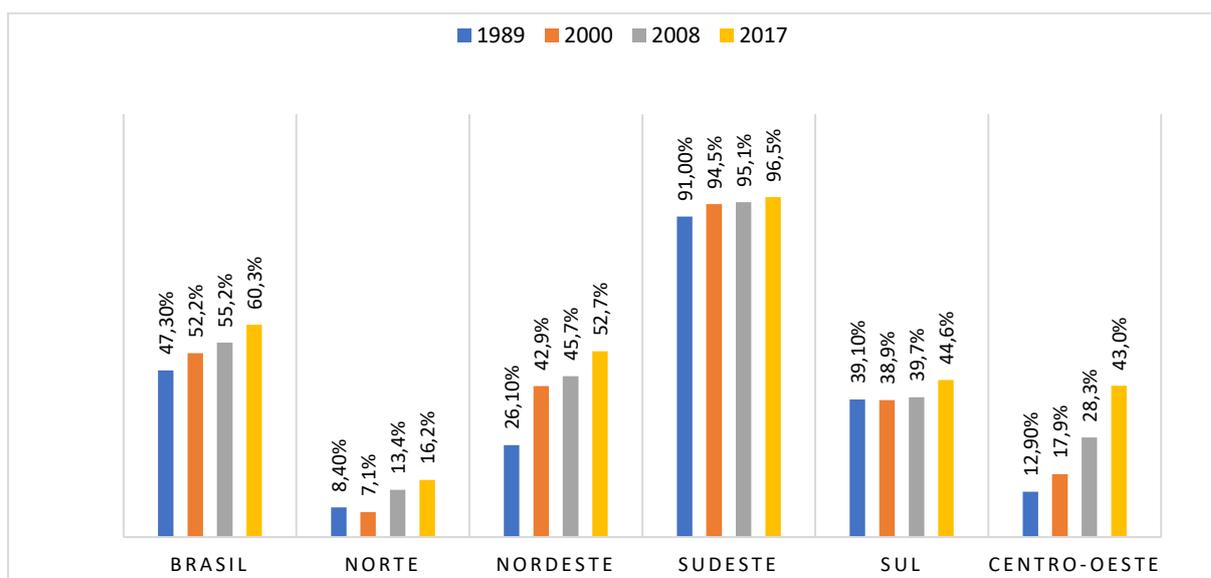
Destarte, não faltam elementos que justifiquem a precariedade em questão ou apontamentos para as razões de sua construção estrutural. Fato é que a universalização dos

serviços de saneamento se apresenta como o principal desafio para a infraestrutura dos serviços públicos no país, possuindo implicações profundas no atendimento aos interesses sociais e na diminuição das desigualdades espaciais.

Não outra é a conclusão abstraída da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico - PNSB – realizada pela última vez em 2017, cujo teor expressa nada menos que a reiteração do déficit setorial: em 16 estados da federação, menos da metade dos municípios possuem rede coletora de esgoto, perfazendo 34,1 milhões de domicílios sem esgotamento, sendo, desses, 13,6 milhões localizados na região Nordeste do país (IBGE, 2017, p.55-57).

Dada situação, entretanto, é histórica e vem sendo reiterada a cada edição do PNSB. Observa-se pelo Gráfico 1 a seguir:

Figura 1- Percentual de Municípios com serviço de esgotamento sanitário por rede coletora, segundo as Grandes Regiões - 1989/2017



Fonte: Adaptado de IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Pesquisa nacional de saneamento básico 2017: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. - Rio de Janeiro: 2020, p. 20.

A disparidade contemporânea, inclusive, é tão clara que os extremos da realidade brasileira estão representados, de um lado, pelo estado de São Paulo que possui a integralidade de seus municípios com sistemas de esgotamento e, de outro, pelo Maranhão com apenas 6,4% de suas urbes em mesma situação (IBGE, 2017, p. 56).

No que tange ao abastecimento de água, a desigualdade entre as macrorregiões é igualmente latente. Pelo mesmo levantamento:

O serviço de abastecimento de água por rede geral de distribuição já estava presente em grande parte das municipalidades em 1989. Não há, portanto, alterações

significativas nesse sentido, com exceção da Região Norte do País, que apresentava maior defasagem, mas alcançou as demais no final do período analisado. Em 2017, 5 548 Municípios possuíam esse serviço em funcionamento, paralisado ou em implantação. Dos 22 Municípios nos quais não foi identificada nenhuma entidade executora com CNPJ na PNSB 2017, 13 se encontravam na Região Nordeste do País; 7, na Região Norte; e 2, na Centro-Oeste. Nas Regiões Sudeste e Sul, todos apresentavam pelo menos uma executora. (IBGE, 2020, p. 17)

O apontamento das razões para tal debilidade na expansão sistemática, por óbvio, são extensas e complexas, perpassando origens econômicas, políticas e sociais, impossíveis de serem detalhadas por completo. Por força de síntese, contudo, Ricardo Araújo (2003, p.31-32) delega maior ênfase na saúde financeira das prestadoras dos serviços e na árdua logística operacional do setor, tendo como maiores destaques:

- a) A busca de universalização dos serviços impõe a necessidade de expansão dos sistemas de água em áreas periféricas novas, ocupadas por usuários de baixa renda, sendo que as arrecadações tarifárias, nessas áreas, encontram-se, em geral, abaixo dos custos de investimento e de operação (comercial, inclusive) das prestadoras de serviços, o que explica o fato de tais expansões serem fortemente subsidiadas.
- b) Há uma perda relativa ou absoluta de clientes nas faixas mais altas de consumo, sobretudo industriais. Esses clientes subsidiam os investimentos de expansão dos sistemas para a população de renda mais baixa, como se verificava tanto na estrutura tarifária do PLANASA quanto nas estruturas tarifárias adotadas pelos Municípios. Por conta disso, os usuários de maior porte passam a recorrer a outras fontes de suprimento (sobretudo poços profundos) ou a equipamentos que promovem economia de água.
- c) As prestadoras dos serviços de saneamento básico defrontam-se, cada vez mais, com a necessidade de substituição de equipamentos e manutenção de grandes, médias e pequenas estruturas, devido a um inexorável envelhecimento dos sistemas.
- d) Por fim, as expansões dos sistemas dependem de busca de novos mananciais, os quais se situam em locais mais distantes. Com isso, ampliam-se os custos de investimento e operação, elevando-se o custo médio por metro cúbico de água produzida.

Logo, por análise dos itens elencados, o desafio maior do saneamento se encontra em sua possibilidade fática e econômica de universalização, preocupação legislativa existente no ordenamento nacional desde o PLANASA- Plano Nacional de Saneamento – de 1971, cujo teor e legado será abordado em momento oportuno.

O cerne dos obstáculos direcionados à expansão do sistema é, como já demonstrado pelos dados iniciais, marcado pela profunda desigualdade espacial nas distintas regiões e, dentro delas, por suas respectivas realidades econômicas, vinculando o sucesso de qualquer intento legislativo à compreensão da heterogeneidade brasileira e às discriminações das rendas populacionais.

Afere-se, dessa forma, um entrave territorial para o financiamento unicamente tarifário da expansão dos sistemas de saneamento: em pesquisa sobre as cifras que permeiam o tópico, a Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto – ABCON - e a empresa holandesa KPMG (2020, p. 3) apontaram para a necessidade de “incrementar o número de participantes e investidores no setor”, estimando que “são necessários R\$ 753 bilhões em investimentos na área de saneamento para atingir as metas de índice de atendimento para a universalização dos serviços em todo o território nacional até 2033”. O ano em questão, cabe salientar, foi o estipulado pelo Ministério das Cidades (2013, p. 109), em seu Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB, como a data na qual se dará o atingimento do acesso integral da população brasileira aos serviços.

Em contrapartida ao montante, o poder público realiza aportes anuais ínfimos na área se comparados à necessidade real supra descrita. O Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (2019, p. 108) apurou que a totalidade dos investimentos no setor fez R\$ 13,2 bilhões no ano de 2018, menos de um terço da quantia anual estimada para que a meta de universalização seja atingida em 2033. Ressalva-se que o teor do PLANSAB, contudo, se contrapõe à pesquisa da ABCON e da KPMG, considerando montante notadamente menor para o objetivo e prevendo aportes inferiores como esperados:

O Cenário 1 admite que os investimentos federais anuais em saneamento básico, cujo valor desembolsado foi da ordem de R\$ 7,9 bilhões em 2011, se elevem para uma média anual de R\$ 13,5 bilhões em 2014 e 2015, de R\$ 17,5 bilhões de 2016 a 2023 e reduzindo-se para uma média de R\$ 13,3 bilhões nos anos seguintes, até 2033. Registra-se que esse montante de investimentos é compatível com a previsão de recursos federais para saneamento básico no âmbito do PAC 2 (R\$ 45 bilhões em quatro anos) e corresponde ao cumprimento das metas do Plansab. Portanto, neste Cenário, os investimentos federais em saneamento básico, a preços constantes de 2012, corresponderiam a um valor total de R\$ 300 bilhões, no período 2014-2033 (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2013, p. 11).

Em todo caso, seja pela impossibilidade de ampliação dos sistemas ou pelo comprometimento do orçamento público, enseja-se a primazia da viabilidade econômica da expansão em conjunto indissociável com o desenvolvimento social de seu local, ainda que exíguo, com vistas à atração do capital privado e diminuição da dependência de mecanismos alternativos de subsídio.

O remanejamento para atração suplementar de capital é caminho inequívoco para a supressão do déficit aferido. Delimitando-se de forma mais fiel ao âmbito legal do tema, tem-se como inconteste que o caráter essencial dos serviços não permite que sua prestação seja condicionada ao financiamento meramente tarifário e, por consequência, à exclusão de seus possíveis beneficiários hipossuficientes.

A discussão econômica e os demais entraves constatados para supressão da problemática, portanto, não devem sobrepor a realidade de que o ordenamento nacional é inequívoco ao resguardar a relevância do saneamento básico à saúde populacional, conforme se aduzirá do tópico a seguir.

2.1 Saneamento básico como serviço público essencial na Constituição Federal de 1988

A concepção de um dever estrutural dirigido a todas as esferas federativas no empenho da universalização dos serviços de esgotamento sanitário e abastecimento hídrico se originou a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ainda que o instrumento inaugural da redemocratização não promova a imediata regulação da matéria, suas disposições tratam diretamente da distribuição e fixação das competências dos entes federativos - inciso XX do art. 21, inciso IX do caput do art. 23 e inciso IV do art. 200 -, possibilitando, por análise de seus conceitos principiológicos, o entendimento do setor como meio estrutural para a efetivação de um mínimo existencial.

Fato é, porém, que o saneamento básico é apresentado como um termo vago pela Constituição Federal, sem maiores especificidades teóricas, perfazendo um conceito jurídico indeterminado. Dada constatação, assim, possui certa conveniência social, visto que possibilita uma gama de definições que invariavelmente ligam os serviços em questão à promoção integral da saúde pública. Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2020, p. 8) foi imperativo ao destacar a relevância do setor em sua relação com a dignidade da pessoa humana e ao atendimento do interesse público:

A adequação, e não só a existência, dos serviços é fundamental para garantir condições dignas de habitação, preservação do meio ambiente e redução da incidência de uma série de doenças. A água e o esgoto que não recebem tratamento adequado podem estar contaminados com organismos patogênicos causadores de leptospirose, cólera, hepatites A e E, diarreias, verminoses e dermatites diversas, por exemplo. água parada, às vezes reservada em recipientes dentro dos próprios domicílios em períodos de seca ou intermitência no abastecimento, pode ser o local de reprodução de mosquitos vetores de enfermidades, como dengue, *chikungunya*, *zika*, febre amarela e malária, algumas das quais voltaram a ser fonte de muita preocupação em algumas regiões brasileiras nos últimos anos, devido ao aumento do número de casos.

Não por outra razão, a ampliação da saúde populacional e ambiental toca na garantia de um saneamento básico efetivo e vasto, instrumento precípuo para o avanço dos direitos fundamentais e da personalidade, resguardados pelo ordenamento pátrio. Para Gilberto Fachetti Silvestre e Lucas Correa Faim (2021, p. 239), há relação profunda entre dada garantia de equilíbrio sanitário e a concretização da isonomia social:

A privação de bens fundamentais, o desequilíbrio do meio de inserção do indivíduo e o desabastecimento de água potável constituem lesões à personalidade da pessoa natural, pois atingem seus aspectos fundamentais. Esse intento de cenário ideal para o exercício das prerrogativas positivadas vai, por óbvio, ao encontro de um cumprimento objetivo e da promoção do saneamento básico pela Administração Pública e um instrumento garantidor da isonomia social, para que as vulnerabilidades socioeconômicas não sejam ainda mais acentuadas pela inexecução dos serviços sanitários.

[...]

O fim precípua ao qual os serviços de saneamento são voltados é a consumação do mínimo existencial para o desenvolvimento elementar da condição de liberdade e salubridade humanas, recaindo, por fim, na ampla acessibilidade aos bens imprescindíveis à obtenção de um estado básico de bem-estar.

Contemplar a diretriz constitucional referente ao saneamento básico deve, acima de tudo, partir da premissa de sua classificação híbrida como serviço social e econômico, típica de uma natureza complexa e multifacetada. Conforme entende Vinícius Marques de Carvalho (2010, p. 60):

Observa-se um duplo papel dos serviços de saneamento básico ao longo da história de sua prestação no Brasil, evidenciado, inclusive por contradições de políticas públicas, como o PLANASA, que não conseguiu resolver “o caráter ambíguo de sua inserção como empresa ou como serviço público, a justificar a ineficácia no atendimento social pela condição de empresa e vice-versa, a ineficácia econômica pela condição de serviço essencial”.

Por um lado, o saneamento básico é serviço econômico ou industrial-comercial: organiza-se na forma de redes de infraestrutura, sua prestação envolve a cobrança de tarifas e é passível de ser concedido à iniciativa privada. Tais características o submetem às disposições contidas nas leis que regulamentam a prestação desses serviços, segundo as exigências do artigo 175, da Constituição Federal.

Por outro lado, o serviço de saneamento básico pode ser considerado um serviço social, na medida em que é responsável por uma dimensão essencial do direito à saúde, imprescindível para a efetivação da dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição Federal) e para a realização dos objetivos da sociedade brasileira (art. 3º da Constituição Federal).

É, assim, indissociável a relação existente entre o saneamento básico e a garantia do direito à saúde pública. Tal dependência entre os setores, entretanto, foi construída no Brasil pautada na presença da Administração Pública e na execução dos serviços por empresas estatais, por razões legislativas que serão abordadas em momento posterior.

A lógica a ser empregada é simples: a percepção da saúde como um objetivo inalcançável sem a universalização do acesso à água potável e ao esgotamento vem acompanhada de sua caracterização como direito coletivo, que, invariavelmente, recai na atuação do Estado como protagonista das salvaguardas sanitárias de sua população.

Não outro é o posicionamento da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 196, preconiza o *status* legal da saúde e sua relação com a atividade da Administração Pública:

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para o recorte do tema, dá-se especial enfoque à passagem do dispositivo que cita a “redução do risco de doenças e de outros agravos”, em suma, o objetivo fundamental e final dos esforços para o fornecimento de água potável e do tratamento de esgoto. Edifica-se a saúde como direito coletivo e, com ele, o saneamento básico como serviço público essencial à sua consubstanciação.

2.2 Competências e titularidades dos entes federativos

Como mencionado, ainda que as disposições constitucionais não se direcionem ao detalhamento da conceituação e execução do saneamento básico, há considerável preocupação em estabelecer a distinção de competências entre os entes federativos. Dada indicação é, por óbvio, necessária ao se considerar a complexidade das estruturas sociais e individuais que exigem o empenho simultâneo das mais diversas espécies de atuação do setor público.

Logo, faz-se mister destacar as distinções entre as competências exercidas pelos entes da federação e, posteriormente, indicar o atual entendimento, e a polêmica, acerca da titularidade dos serviços no setor.

2.2.1 Da União e suas competências

Primeiramente, ressalta-se o apontamento constitucional referente à competência da União, conforme artigo 21, inciso XX, da Lei Maior que prevê a legitimidade do ente para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Todavia, quando comparada às suas outras aparições constitucionais, há, nessa afirmativa, distinção expressiva no emprego do vocábulo “diretriz”: sua utilização usual é direcionada ao enunciado de competências legislativas concorrentes, garantindo à União a determinação de normas gerais que condicionem a atuação dos estados, municípios e Distrito Federal. No caso em questão, porém, a conceituação da palavra é mais ampla, abrangendo não só a edição de normativa vinculante, mas também o papel da União como gestora dos serviços e agente integrador de sua operacionalização.

Em suma, a União possui, mais do que qualquer outro ofício, a função de planejadora e coordenadora dos objetivos almejados pelos diferentes integrantes federativos, incentivando a

cooperação regionalizada no planejamento, regulação, controle social e definição socioeconômica na área, sem interferir, por óbvio, na independência e autonomia dos demais entes.

2.2.2 Dos estados e suas competências

No que tange aos estados, há consenso na hermenêutica constitucional perante a análise da existência de competência comum em sua participação no empreendimento de esforços para aperfeiçoamento do cenário sanitário no país.

Contudo, o ponto de maior enfoque há de ser o art. 25, parágrafo 3º, da CRFB/88, cuja assertiva recai sobre a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, com fulcro na integração da organização, planejamento e execução das funções públicas de interesse comum.

A Constituição Federal, assim, entende pela amplitude das possibilidades de acordos para atuação entre àqueles que compõem a federação, sem que haja lesão às competências de seus integrantes.

Agregar os sistemas regionais de saneamento básico é medida, além de economicamente vantajosa por apresentar a possibilidade de compartilhamento de estruturas, medida inevitável perante o fenômeno da metropolização e da necessidade primária de universalização. Nesse ponto, há delicado empecilho na atuação do estado, visto que essa instituição de delimitações locais não deverá atentar contra a independência distrital, municipal ou territorial.

Sobre o tema, houve julgamento no Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842, ajuizada pelo Partido Democrático Brasileiro – PDT, em 10 de junho de 1998. O objeto, em resumo, compreendia a incompatibilidade constitucional da Lei Ordinária nº 2.869 e da Lei Complementar nº 87, ambas do Estado do Rio de Janeiro e promulgadas em 1997, cujas disposições instituíam a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e objetivavam o planejamento, organização e execução dos serviços públicos de interesse comum à região ou a seus municípios integrantes, mais especificamente acerca do transporte ferroviário, da locomoção metroviário e do saneamento básico local.

Como tese, o partido alegava ferimento ao equilíbrio federativo e ao princípio democrático, de forma que haveria ameaça à autonomia municipal pela necessária submissão de suas decisões à aprovação da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

In casu, o STF julgou a demanda parcialmente procedente, fundamentando que:

Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa” constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro.

Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9868/1998, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente (STF - ADI: 1842 RJ, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 06/03/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-181 - Divulgação 13/09/2013, Publicação 16/09/2013, p. 4).

Em síntese, a competência estadual para instituir, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões é peça essencial na gestão compartilhada do saneamento básico e não possui limitação apenas à fase executória. Porém, em respeito à CRFB e por decisão do Pretório Excelso, o instituto deve ocorrer por pleno compartilhamento nas tomadas de decisão, sem que prevaleça a supremacia da vontade de um dos entes e a supressão dos demais.

2.2.3 Dos municípios e da titularidade

Quanto aos municípios, por fim, recai-se na afirmativa expressa no art. 30, inciso V, da CF, ao premeditar que lhes cabe organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local.

Em que pese a totalidade dos serviços da administração pública apresentar minimamente algum grau de relevância local, no caso do saneamento básico, por interpretação do papel exercido pelos demais entes federativos, entende-se que aspectos de sua coordenação e gestão geral não possuem a predominância de dimensão municipal. Não se pode ignorar que há indelével ligação entre a seara aqui abordada e a efetivação da saúde pública e do equilíbrio ambiental, matérias que representam interesse social comum a todos os brasileiros.

À vista disso, estágios referentes aos aspectos de financiamento e regulação podem possuir compartilhamento entre os entes, a depender, por exemplo de sua inclusão ou não em regiões metropolitanas, devendo, ainda, haver conformação constante com as diretrizes estabelecidas pela União.

Dado compartilhamento das competências anteriormente determinadas poderia, à primeira vista, relativizar o conceito de titularidade, uma vez que as funções dos demais entes

representariam limitações ao livre exercício do município em suas prerrogativas constitucionais. Fato é que a previsão constante na Constituição permite diversas interpretações quanto à efetiva titularidade dos serviços de saneamento no país. Para além das variáveis geográficas e estruturais, o assunto variou constantemente nos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários brasileiros, sendo objeto dos mais distintos pareceres ao longo das últimas três décadas.

No entanto, após o julgamento da ADI nº 1.842, já citada supra, e, principalmente, da vigência da Lei nº 11.445 de 2007, a questão foi pacificada na legislação nacional, pois, por seu art. 8º, alterado pela Lei nº 14.026 de 2020:

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

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

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.

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições:

[...]

Desse modo, a titularidade dos serviços de saneamento básico no país resta como sendo inequivocamente municipal, sem prejuízo dos procedimentos típicos da União e dos estados. Nesses moldes, esclarece Carvalho (2010, p. 70):

Considera-se titular nesse contexto, o ente responsável pela prestação dos serviços, o que inclui a escolha do prestador. Entretanto, o titular do serviço regulamenta, controla e fiscaliza essa prestação não apenas segundo os parâmetros por ele próprio estabelecidos, uma vez que há funções cujas competências não lhes pertence. As funções públicas de planejamento, regulação e, em alguns casos, até de execução, são divididas entre os entes conforme as disposições constitucionais.

Com base no conjunto das disposições constitucionais, entende-se ser possível resolver o problema da titularidade dos serviços de saneamento básico a partir da diferença entre a titularidade da prestação dos serviços e a titularidade das outras competências relacionadas à gestão dos serviços em âmbito nacional.

Entendemos que, em face da atual configuração constitucional e dos pressupostos do federalismo brasileiro que asseguram a autonomia das esferas político-administrativas, a titularidade da prestação dos serviços de saneamento básico é municipal.

Desde o Marco Regulatório do Saneamento Básico em 2007 e, ainda mais após a vigência da Lei nº 14.026 de 2020, a titularidade dos serviços de saneamento é consensualmente municipal.

Resumidamente, essa é a estrutura hodierna do saneamento básico no Brasil, alvo contemporâneo da necessidade de inúmeras evoluções intentadas e outras ainda vindouras. Mesmo que deficitária, a legislação vigente é fruto de uma construção histórica pertinente ao

tema, cuja herança delega é cercada de críticas sistemáticas e fundamentalistas, sendo frequentemente responsabilizada pelas mazelas aferidas.

Pela inevitabilidade da matéria, passar-se-á, no presente momento, à análise das evoluções legislativas na área até a promulgação da Lei nº 14.026 de 2020.

3 SOBRE A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO SANEAMENTO BÁSICO NACIONAL

O objetivo do presente capítulo, partindo-se das premissas estabelecidas anteriormente, é analisar os arranjos federativos sob o prisma da evolução regulatória do saneamento básico como serviço público.

Dessa forma, há de se advir da promulgação do Plano Nacional de Saneamento – PLANASA - na década de 1970, abrangendo as disposições contratuais por ele delegadas ao país e, por fim, interpretando suas influências na Lei nº 11.445 de 2007.

Cabe acrescentar que ambos os instrumentos normativos a serem aqui tratados possuem uma gama de implicações nas mais diversas áreas e extensões das ciências jurídicas, mas que, em consideração ao recorte temático da monografia, possuirão maior enfoque no aspecto contratual de suas previsões, sem prejuízo da necessidade das justificativas administrativas que se apresentarem como indissociáveis ou necessárias à compreensão do mote.

3.1 O Plano Nacional de Saneamento - PLANASA

Como consideração preliminar, deve-se considerar que o Plano Nacional de Saneamento – PLANASA – surge em um contexto autoritário no ápice do regime militar no Brasil, em janeiro de 1971. À época, até então, o saneamento no país era marcado, majoritariamente, pelos seguintes aspectos:

- Falta de sistema de planejamento a nível nacional com vistas à solução dos problemas no setor.
- Perspectiva de demanda crescente e de oferta insuficiente dos serviços de água e esgoto.
- Exploração inadequada dos serviços, em sua maioria, por entidades municipais carentes de recursos humanos, técnicos e financeiros.
- Visão estritamente local dos problemas de abastecimento de água e de esgotos sanitários.
- Implantação de redes coletoras de esgotos sem a necessária consideração quanto ao seu destino final com vistas ao controle da poluição hídrica.
- Recursos financeiros insuficientes com aplicações a fundo perdido e de forma pulverizada.
- Baixa ou nenhuma remuneração pelos serviços prestados (PIRES, 1977, p. 30).

Resta claro que a situação na área era de total descentralização das decisões tomadas pelas esferas federativas, sem qualquer espécie de unificação planejada para atender ao crescimento populacional desenfreado e conseqüente agravamento do déficit sanitário.

O primeiro passo que objetivasse uma maior regulamentação em âmbito federal do setor foi dado, assim, em 4 de setembro de 1968, data na qual foi expedida a Portaria nº 273/68. Nela,

o Ministério do Interior delegava ao Banco Nacional da Habitação – BNH – o papel de órgão central do Sistema Financeiro do Saneamento – SFS, lhe direcionando a competência para controlar e estimular as atividades econômicas concernentes ao setor sanitário.

Por consequência direta, em 1969, o governo federal espediu o Decreto – Lei nº 949, marco germinal da norma aqui abordada, cujo bojo autorizava o BNH a investir os recursos do FGTS nos empréstimos que se destinassem ao aperfeiçoamento do abastecimento de água e de modulação da poluição no esgotamento sanitário. Para mais, ainda incentivou a criação de fundos de financiamento para água e esgoto em modelos de convênio com o BNH, que só poderiam ser celebrados a partir do cumprimento de uma série de requisitos predefinidos pela própria instituição bancária.

Dadas medidas surtiram efeitos fáticos e uma inegável unidade do debate sanitário se instalou no país. Tanto que, em 1971, a partir de estudos desenvolvidos e apresentados em congressos nacionais sobre o tema, tornou-se possível compreender as múltiplas realidades regionais do ramo, procurando saídas que fossem financeiramente viáveis para diminuir sua inegável defasagem. Logo, passou-se a nomear esse processo de aperfeiçoamento sanitário brasileiro como Plano Nacional de Saneamento. O BNH, em sua posição de protagonista, passou a criar mecanismos para gerar apoio financeiro aos governos estaduais na busca pela universalização e aprimoramento técnico dos serviços, tais como os Programas de Estudos e Pesquisas e de Treinamento de Assistência Técnica – TREINAT.

Nascia, assim, um modelo completo e estruturado que, apesar de gradativamente construído, embasava-se nos incentivos aos empréstimos do BNH para os governos estaduais desde que, se comprometessem, de forma ampla com a eliminação do déficit, o equilíbrio permanente entre a oferta e a demanda dos serviços, o atendimento à integralidade de seus municípios, o estabelecimento de planos e controles estaduais que permitissem a busca de soluções internas, uma política tarifária não limitadora que permitisse o equilíbrio entre as despesas e a possibilidade de adimplemento dos consumidores, a redução dos custos por economia de escala e, por fim, o desenvolvimento de programas de pesquisas e aperfeiçoamento.

Para compreender as implicações do PLANSAB e seu legado à nação, será preciso esmiuçar seu funcionamento e as formas de funcionamento adotadas pelos governos estaduais para adequação às disposições outrora inexistentes.

3.1.1 Sistemática do Plano

Como explicitado, ainda que se trate de programa unificado na esfera federal, a atuação do PLANSAB considera os estados da federação como unidades geográficas de desenvolvimento. Isto posto, foram criados os Fundos de Financiamento para Água e Esgotos – FAE – que recebiam aportes por convênios formados entre o BNH e os governos estaduais que se integrassem ao PLANASA.

Como regra, o financiamento das execuções dos programas sanitários estaduais era, então, composto por 50% de recursos dos FAEs e 50% de capital disponibilizado pelo BNH. Caso tais incentivos se mostrassem acima do máximo suportável e ainda insuficientes, o montante pendente seria complementado com verbas não reembolsáveis – recursos a fundo perdido, que poderiam ter origem de qualquer esfera federativa.

De modo geral, os governos estaduais instituíam programas para expansão de seus sistemas e, como incentivo, passavam a ter acesso aos financiamentos do FAE e do BNH. À época, as condições para o referido empréstimo do Banco Nacional de Habitação eram inegavelmente vantajosas, possuindo prazo de carência de 36 meses - podendo, excepcionalmente, ser estendido para 54 meses – com prazo de amortização de 18 anos e, por fim, juros de 2% a 7% ao ano que, nos casos de estímulo à execução dos sistemas em municípios de pequeno porte, poderiam ser reduzidos em 2%, variando de zero a 5% ao ano (PIRES, 1977, p. 31).

Nesse momento, há de se compreender o surgimento e protagonismo assumido pelas Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESBs - na execução dos serviços sanitários, como disserta Rodrigo Pinto de Campos (2010, p. 93):

Deveras, é importante chamar a atenção para o fato de que à época em que foram celebrados aqueles ajustes, não tinha grande relevância o debate em torno do Estado Regulador. Ao contrário, vivia-se no Brasil o ápice do período desenvolvimentista, marcado por forte intervenção estatal na economia, inclusive de maneira direta, é possível dizer, por meio da atuação de empresas de capital majoritariamente público, constituídas para serem as molas-mestras dos seus respectivos campos de atuação. Não se poderia esperar, naquele momento histórico, que o serviço de saneamento básico escapasse à lógica então dominante. E, de fato, o PLANASA apenas confirmava que o motor da expansão do saneamento no Brasil seriam companhias estaduais, as CESBs, às quais os contratos de concessão franqueavam amplos poderes perante os Municípios. Em outros, embora o poder concedente tivesse raiz municipal, os instrumentos jurídicos, por ele celebrados conferiam aos prestadores do serviço as tarefas de planejar, regular e fiscalizar a si próprios. Essa constatação, que salta aos olhos facilmente a partir de uma análise ligeira dos contratos celebrados na década de 1970, pode parecer exótica nos tempos atuais, mas há 30 anos estava absolutamente em linha com as práticas corriqueiras da Administração Pública brasileira e, ademais, não encontrava óbice no ordenamento jurídico vigente à época.

O modelo trouxe relevantes benefícios ao saneamento básico brasileiro, principalmente ao abordar o tema como objeto central de discussões legislativas, pesquisas periódicas e políticas públicas.

O PLANASA foi responsável pela mensuração e ampliação de uma área que, até então, sequer era considerada matéria autônoma, estando, desde a proclamação do Brasil como República, sempre ligada a pautas relacionadas ao meio-ambiente ou à saúde pública. Em suma, o plano foi o responsável por trazer a preocupação com o esgotamento sanitário e o abastecimento hídrico para dentro do consciente público brasileiro e, em certa parte, também do particular.

Como aponta o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2006, p. 7), no período compreendido entre 1970 e 1980, o modelo investiu 0,45% do PIB nacional no setor, valor que, apesar de mínimo, gerou relevantes progressos na nação, como aponta Nilson do Rosário Costa (1991, p. 34): “o plano ampliou, entre 70 e 80, de 54,4% para 76,0% o número de domicílios urbanos com fornecimento de água da rede pública e de 22,3% para 36,0% com instalação sanitária de uso exclusivo”.

Por razões de incompatibilidade política e econômica, seu fim foi originado em 1986, ano no qual o BNH foi extinto, cessando praticamente todas as verbas que circundavam os investimentos do PLANASA. Pouco tempo depois, em 1991, sem quantias relevantes direcionadas, o plano foi oficialmente extinto. A inexistência de qualquer intento institucional à ampliação dos sistemas perdurou por mais de quinze anos, configurando um vácuo legislativo que acarretou uma limitação das CESBs em expandir suas estruturas para áreas mais remotas ou com população majoritariamente hipossuficiente, fatores que muitas vezes são inerentes entre si.

O PLANASA foi durante toda a década de 1970, e maior parte de 1980, a única esperança popular para alguma medida estatal específica ao esgotamento sanitário e ao provimento de água tratada, expondo essa carência como ferida de uma nação morosa. Contudo, em que pese o inegável progresso trazido pelo Plano Nacional, a aplicação de um modelo desenvolvimentista e integralmente dependente da iniciativa pública acarretou aspectos estruturais que perduram no sistema brasileiro, mesmo após a extinção do programa, como há de se ver em próximo tópico.

3.1.2 Legado ao Setor Sanitário

Como frisado, ainda que catalisador de inegável progresso, o Plano Nacional de Saneamento foi fruto do regime autoritário que o promoveu, caracterizando-se por uma falta de isonomia e transparência social, bem como pelo exacerbado caráter desenvolvimentista. Não obstante, a União ainda se mostrou profundamente excludente para com os municípios que não aderiram ao programa, estimados, à época, em 25%, como indica Frederico Araújo Turolla (2002, p.26). Tais, dentre outras, razões fundamentam as mais diversas críticas às estratégias adotadas na década de 1970:

A política de saneamento brasileira das décadas de 70 e 80 tem sido razoavelmente esquadrihada por estudos em várias áreas, centrados na análise da principal política pública desse período: o Plano Nacional de Saneamento Básico (Planasa). As avaliações sobre este plano (1970-1986) situaram-no, enquanto uma política pública, no contexto do regime autoritário.

Assim, não é de modo algum estranhável a predominância da crítica à excessiva centralização decisória na esfera federal, através do BNH; a marginalização de grande número de municípios, que não aderiram ao Planasa e tiveram bloqueado o acesso à assistência financeira e administrativa; a inviabilidade financeira e rigidez da política tarifária; a concepção restrita de saneamento básico à provisão de água e esgoto às áreas urbanas; lógica empresarial na produção do saneamento, onde os requisitos de autossustentação financeira foram impositivos na eleição das prioridades do programa, etc. (COSTA, 1991, p. 31)

Complexo como foi, não simples seriam as críticas ao programa, mas, para fim de desenvolvimento conciso, limitar-se-á à dissecação de suas implicações necessárias à compreensão da realidade sanitária hodierna.

A primeira consequência crítica é, por óbvio, a falta de equilíbrio na distribuição dos recursos auferidos pelo PLANASA. Em que pese o plano ter sido responsável pela captação de meros 0,45% do PIB durante toda a década de 1970, as cifras conquistadas foram, ainda, arranjadas de forma desigual entre as macrorregiões do país, conforme asseveram as Figuras 2 e 3:

Figura 2 - Investimentos realizados pelo PLANASA em abastecimento de água - 1970/1984

Região	Investimentos em milhões de Cr\$	Porcentagem do total
Norte	248.760,00	2,2%
Nordeste	2.778.241,00	24,7%
Sudeste	6.399.455,00	56,9%
Sul	1.092.999,00	9,7%
Centro-Oeste	720.212,00	6,4%
Brasil	11.239.667,00	100,0%

Fonte: Adaptado de BIER, Amaury G.; PAULANI, Leda Maria; MESSENERG, Roberto P. **A crise do saneamento no Brasil: reforma tributária, uma falsa resposta**. Revista: Pesquisa de Planejamento Econômico, Rio de Janeiro, n. 18, abril, 1988, p. 174.

Figura 3 - Investimentos realizados pelo PLANASA em esgoto - 1970/1984

Região	Investimentos em milhões de Cr\$	Porcentagem do total
Norte	39.863,00	0,9%
Nordeste	659.526,00	15,0%
Sudeste	3.267.302,00	74,5%
Sul	381.680,00	8,7%
Centro-Oeste	39.605,00	0,9%
Brasil	4.387.976,00	100,0%

Fonte: Adaptado de BIER, Amaury G.; PAULANI, Leda Maria; MESSENERG, Roberto P. **A crise do saneamento no Brasil: reforma tributária, uma falsa resposta**. Revista: Pesquisa de Planejamento Econômico, Rio de Janeiro, n. 18, abril, 1988, p. 174.

Observa-se uma distribuição sem um critério de equilíbrio definido, que sequer obedeceu aos parâmetros de proporção *per capita*: no período exposto, a Região Sudeste recebeu 56,9% dos investimentos destinados ao fornecimento hídrico e 74,5% dos vinculados ao esgotamento, sendo que, no ano de 1984, representava apenas 44% da população brasileira. O Nordeste, por sua vez, no mesmo ano, dizia respeito à 29% dos nacionais, recebendo 24,7% e 15% das quantias mencionadas. A Região Sul contava com 15% da população e auferiu 9,7% do montante destinado ao abastecimento hídrico e 8,7% do direcionado ao esgotamento sanitário.

Os casos mais graves são, por fim, os da Região Centro-Oeste destino de 6,4% e 0,9% das aplicações, mas com 7% da população e Norte, que com 5% dos nacionais, angariou meros 2,2% e 0,9% das montas.

O resultado, como não deveria deixar de ser, foi percebido na medida de seus empenhos: segundo o BNH, em 1984, o abastecimento hídrico era deficitário para 60% da região Nordeste; no Norte, 56%; no Centro-Oeste, 46%; no Centro-Sul, 42%; e na região Sudeste, 26%. Para o esgotamento sanitário no mesmo período: Nordeste, 94% sem serviço; Norte, 98%; Centro-Oeste, 78%; no Sul, 89%; e no Sudeste, 55% (BNH, 1985, p. 15).

Claro que os progressos do PLANASA são amplos, seus números de transformação no saneamento básico antes e depois da vigência do plano impossibilitam que se negue seu caráter benéfico. Entretanto, a análise desses dados deve ser modulada pelo desequilíbrio supracitado, visto que as grandezas conferidas ao setor durante a década de 1970 são, em muito, guiadas pelo desempenho extraordinário do Sudeste, ainda mais no estado de São Paulo:

Nessa discriminação de investimento observa-se que, de fato, a região Sudeste, tendo a melhor participação na distribuição dos investimentos públicos de saneamento, apresentou, por conseguinte, melhor cobertura populacional, especialmente a de abastecimento de água.

Contudo, mesmo no interior dessa região, o Planasa apresenta um perfil também desigual: o estado de São Paulo receberia, em média, 83% dos recursos públicos entre 1969 e 1980 e 56% a partir de 1981. Isto fez com que residissem nesse estado, em 1980, 29,4% da população brasileira servida por água (contra 11,5% em 1973) (COSTA, 1991, p. 35).

Em vista disso, dada inequidade possui implicações intensas hodiernamente, de tal forma que a ordem decrescente das regiões por recebimento dos recursos no programa é a mesma do ranking do PNSB para o percentual de municípios com estruturas de esgotamento sanitário em 2017 – como já apresentado no item 2: Sudeste, Nordeste, Sul, Centro-Oeste e Norte.

Em conclusão, os investimentos sanitários do planejamento setorial da década de 1970 foram imprescindíveis ao progresso das macrorregiões do país e da saúde pública nacional, mas tal leitura deve ser acompanhada de uma concepção de contraste em sua distribuição pecuniária, bem como do entendimento de que os números de evolução dos seus anos de vigência não condizem com o progresso pátrio, mas basicamente com uma estruturação massiva da região Sudeste.

Como mencionado, a extinção do modelo adotado gerou um profundo vácuo institucional, sem que houvesse qualquer outra diretriz federal para a execução dos serviços. Para mais, os contratos de concessão celebrados entre as municipalidades e as Companhias Estaduais de Saneamento Básico possuíam, em regra, validade de trinta anos, prazo que expirou no final da década de 1990 e deixou 3.921 municípios sem uma base de referência para a reestruturação dos instrumentos (GALVÃO; MONTEIRO, 2006, p.2). Essa falta de regulamentação pode ser constatada na pluralidade de espécies contratuais vigentes na contemporaneidade, como será especificado em momento oportuno.

Com o fim do PLANASA, se carecia de um marco regulatório específico para o setor. O processo legal para sua promulgação foi moroso e agravou a precariedade da área, mas, enfim, a espera foi cessada em 2007 com o advento da Lei nº11.445, trazendo inovações

essenciais para uma nova etapa rumo à uniformidade, efetividade e universalização do saneamento básico.

3.2 Lei nº 11.445 de 2007 – Marco Regulatório do Saneamento Básico

O ano de 2007 representou a maior evolução legal no setor sanitário brasileiro. Pela primeira vez em sua história, o Brasil passaria a possuir um marco regulatório democrático para a área, almejando uma normatização geral por diretrizes nacionais e uma política pública com direção e foco especificamente definidos.

Nesse cenário, foi promulgada a Lei nº 11.445/2007, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 7.217 de 2010. Logo de início, houve um combate ao conceito limitador de saneamento básico adotado pelo PLANASA. Conforme, seu art. 3º, inciso I, já transcrito no tópico 2 desta monografia, a nova norma passou a abarcar o saneamento básico como o “conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, de esgotamento sanitário, de limpeza urbana e de drenagem e manejo de resíduos sólidos”.

Essa amplitude conferida à área foi, por um lado, relevante ao entender que o equilíbrio do meio-ambiente de inserção humana depende de uma alta gama de variáveis, não somente dos seus dois elementos mais conhecidos, mas, por outro, complexa, visto que os serviços exigidos por cada um desses âmbitos são distintos entre si e necessitam de expertises e estruturas díspares.

Compreendendo essa dificuldade, o Marco Regulatório do Saneamento Básico – MRSB – adotou em seu bojo normativo dois dispositivos para essa comunicação entre seus campos.

O primeiro foi a implementação do princípio da integralidade como ferramenta da concretização do saneamento. De acordo com o artigo 2º, inciso II, da Lei:

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

II – integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados.

Por óbvio, essa aplicação principiológica garante um entendimento do legislador sobre a heterogeneidade dos serviços, mas não assegura mecanismos práticos a serem executados em sua prestação. Em vista disso, o diploma também reconhece que os serviços possuem naturezas

múltiplas que impossibilitam seus desempenhos por um único prestador, como estabelece seu art. 12:

Art. 12. 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 de fiscalização.

Consustancia-se, dessa forma, um conceito plural de saneamento que entende suas funções para além das implicações hídricas prestadas por uma única concessionária. O contrato de concessão, inclusive, continuou não sendo a única possibilidade de delegação sanitária. Apesar de vedar a ocorrência de convênios, termos de parceria ou outros acordos precários, o Marco Regulatório previu a continuidade dos instrumentos firmados até 6 de abril de 2005, e deu respaldo à aplicação dos chamados contratos de programa. Essa espécie, criada dois anos antes da promulgação aqui estudada, simbolizou grande progresso contra a multiplicidade contratual pós-PLANASA e merece explanação própria:

Rememora-se que após os vencimentos dos contratos firmados durante a década de 1970, e com o vácuo legislativo que se seguiu, os municípios se encontravam em plena autonomia legal para instituírem as mais variadas formas de delegação, característica que gerou uma pluralidade considerável dos instrumentos firmados, como se constatará em tópico posterior.

Desde então, a busca por uma homogeneização das espécies de acordos municipais se fez presente no legislativo brasileiro e, antes da norma de 2007, recebeu grande evolução com a Lei nº 11.107 de 2005 – a Lei Federal de Consórcios - que, por seu art. 13, parágrafo quinto, expressa:

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

Ao instituir uma ideia de escalonamento nas relações entre os entes, por meio do contrato de programa, a Lei Federal de Consórcios permite a averiguação de algumas exigências. Inicialmente, há a necessidade da constituição de consórcios públicos ou de convênios de cooperação para que, desse modo, caso o prestador seja integrante da

Administração Indireta de um dos entes, seja firmado contrato de programa com o titular dos serviços.

Há aqui mudança que atinge diretamente os contratos firmados com as CESBs, visto que todos esses deveriam, a partir da promulgação da norma de 2005, constituírem-se em contratos de programa com anuência prévia dos consórcios públicos ou convênios de cooperação. Caso contrário, o instrumento estaria sujeito à decretação de nulidade.

Com tal evolução legislativa, passou-se a buscar uma complexidade maior do que aquela analisada nos contratos do modelo PLANASA. Isso, porque a Lei nº 11.107/05 ao trazer especificidades mais detalhadas, apresenta requisitos de validade até então inexistentes, como compromissos com o equilíbrio econômico, a transparência financeira e a possibilidade de reversão dos bens das empresas, vide parágrafos 1º e 2º de seu mesmo art. 13.

Mas, ainda que tais novas previsões contivessem grave abalo ao modelo PLANASA, o ferimento maior veio por meio do parágrafo 3º de seu art. 13, ao declarar como 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”.

Dada prática de cumulação de funções era totalmente implementada pelo Plano Nacional da década de 1970, sem preocupação política com o estabelecimento de metas ou a fiscalização independente das aplicações de verbas pela CESBs, fato que passou a ser combatido pelo ordenamento.

Tendo em vista os importantes passos alcançados dois anos antes, buscou-se, em 2007, instituir uma legislação amparada também na Lei Federal de Consórcios, com vistas a uma unidade frutífera e à segurança da continuidade desse serviço essencial. Por essa razão, a Lei nº 11.445/2007 foi restrita ao delimitar que:

Art. 10. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

A preocupação com a regulação e a fiscalização autônoma, já abrangidas em 2005, foram levadas também ao aspecto qualitativo pelo Marco Regulatório que, em seu art. 23, por exemplo, enfatiza que o titular deve editar normas que contemplassem as dimensões técnicas, econômicas e sociais de prestação dos serviços, bem como em seu art. 11, inciso III, no qual condiciona a validade dos contratos do setor à designação de entidade de regulação e fiscalização.

Há, sem embargo, grave obstáculo para o devido cumprimento de tal positivação: o enredamento dessas exigências técnicas se mostra claramente contrário à realidade orçamentária e científica da esmagadora maioria dos municípios brasileiros, sem que haja a possibilidade de seu cumprimento de maneira totalmente produtiva.

Como forma que permitisse, para tanto, o desenvolvimento de tais requisitos, surge o instituto da delegação da regulação dos serviços de saneamento, no art. 8º da Lei nº11.445/2007: “os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº11.107, de 6 de abril de 2005”. Em mesmo sentido, o art. 23, parágrafo 1º, da norma indica:

Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:

[...]

§1º. 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.

A elaboração de uma gestão associada, portanto, é ferramenta para a superação das diferenças municipais e tentativa de compartilhamento dos recursos humanos e financeiros possuídos por cada titular. Desse modo, procura-se garantir uma operação financeiramente sustentável dos sistemas, integrando artifícios municipais que, se aplicados de forma isolada, não conseguiriam cumprir com todos os requisitos legalmente dispostos. Busca-se, em resumo, uma forma de se efetivar a cooperação típica ao federalismo, fortalecendo os laços entre seus entes em prol de um objetivo em comum.

Por fim, o MRSB, ao mirar a universalização como prioridade, também avistaria aquilo que hoje é considerado como um dos maiores imbróglis para essa meta: a limitação dos recursos públicos. Não por outro motivo, desde sua redação inicial, a norma previu a essencialidade da atração de capital privado para a expansão dos sistemas ao mencionar, em seu art. 15, que a regulação poderia ser executada por convênio de cooperação.

Ora, como citado no item 2 destes escritos, as estimativas para universalização podem variar entre si, mas não se encontram, em momento algum, abaixo de R\$ 300 bilhões de reais. Em contrapartida, os recursos orçamentários dirigidos à área possuem uma média prevista entre 13 e 17,5 bilhões de reais ao ano somente até 2023 (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2013, p. 11). Portanto, resta claro que caso a dependência do capital público permaneça no setor, auferir-se-á ao menos mais uma década de morosidade evolutiva e precariedade de atendimento.

Por essa visão, a partir de 2007, passa-se a buscar um distanciamento dos monopólios das Companhias Estaduais de Saneamento Básico, construído durante a década de 1970, principalmente naquelas áreas que foram tidas como prioridade à época: esgotamento e abastecimento hídrico.

No combate a um monopólio das CESBs, a atração de capital privado é, assim, unida à regulação interventiva, a partir da qual a empresa é obrigada a dividir, com o titular ou com agência reguladora designada, seus conhecimentos relativos às técnicas dos serviços e à gestão de seus resultados, estando sujeita à aplicação de penalidades por condutas ineficientes para o atingimento das metas a ela impostas. A regulação é instrumento de proteção do setor frente à sua essencialidade e visibilidade como possível ferramenta de uso político (SCHMITT, 2016, p.33).

Fato é que o saneamento deve ser encarado como atividade atípica, geradora de impactos diretos na saúde pública e, ainda que de forma coadjuvante, nos mais diversos setores da vivência humana e no desenvolvimento socioeconômico. Independentemente das execuções de suas atividades inerentes por capital público ou privado, a gestão participativa dos titulares é fundamental no atingimento do interesse social.

O saldo do Marco Regulatório, em resumo, como não deveria deixar de ser, é positivo:

A edição das Leis federais nº 11.107/05 e nº 11.445/07 significou um grande passo em direção ao aprimoramento da regulação do serviço público de saneamento básico no Brasil. Por intermédio das normas constantes de tais diplomas, o modelo PLANASA, vigente desde os anos 1970 e embasado na colaboração interfederativa com ênfase no poder conferido ao prestador para planejar, regular e fiscalizar sua própria atuação, sucumbiu.

Em seu lugar, criou-se um arcabouço regulatório mais moderno. Prestação, a partir da edição da Lei nº 11.107/05, passou a ser atividade obrigatoriamente separada de regulação. A existência de entidade reguladora previamente definida e de normas regulatórias mínimas, estampadas nos artigos 21 a 27 da Lei nº 11.445/07, foi alçada à categoria de condição de validade de todo e qualquer contrato a ser celebrado com vistas à prestação do serviço. Permitiu-se a delegação da regulação entre entes federativos e tentou-se disciplinar temas regulatórios espinhosos, como nos casos de serviços fracionados e de serviços prestados de forma regionalizada (CAMPOS, 2010, p. 110).

Vale rememorar, ainda, que a conjugação da Lei nº 11.445/2007 com a Lei nº 11.107 possibilitou terreno frutífero para a criação do PLANASAB – Plano Nacional de Saneamento Básico, ainda vigente e com metas de universalização até 2033, como narrado supra.

Em conclusão, a vigência do PLANASA estruturou uma realidade contratual duramente criticada, mas foi sob a égide do Marco Regulatório que se intentou as primeiras mudanças no setor. Juntos, os maiores pilares da construção desses contratos geraram o cenário hodiernamente vigente que será detalhado no capítulo a seguir.

4 DA ATUAL REALIDADE CONTRATUAL E DA LEI N° 14.026 DE 2020

As evoluções decorrentes do Marco Regulatório do Saneamento Básico podem ser constatadas facilmente pela preocupação mais incisiva com a regulação e fiscalização dos contratos do setor. Não há surpresas nessa conclusão, dado que a Lei n° 11.445/2007 foi a única a incidir direta e exclusivamente no ramo em nível federal, desde o fim do Plano Nacional de Saneamento.

Apesar de passos consideráveis, a herança delegada pelo fim abrupto do PLANASA, seguido pela inércia estatal, é sentida com intensidade até os dias atuais. Como mencionado, a expiração do prazo de validade dos contratos de prestação no final da década de 1990 deixou, àquele tempo, quase quatro mil municípios à mercê da discricionariedade para continuação dos serviços de saneamento. Rememora-se que, por dizerem respeito a tarefa dispendiosa e emaranhada do ponto de vista técnico, tais acordos possuem vigência prolongada, ainda tendo seus efeitos ativos.

Dessa maneira, a arbitrariedade na repactuação dos acordos municipais com as CESBs gerou as mais diversas espécies de vínculos, fator que dificulta a incidência de uma legislação uniforme e eficaz na integralidade brasileira. Ainda que a Lei n° 11.445/2007 previsse a necessidade de formalização de contrato para a prestação dos serviços, seu bojo também possibilitou a continuidade dos instrumentos regulares celebrados até 6 de abril de 2005. Logo, por seus prazos prolongados, grande parte dos acordos realizados sem uma parametrização legislativa continua em voga no Brasil, gerando uma natureza múltipla de difícil regulação:

Figura 4 - Municípios com serviço de esgotamento sanitário em funcionamento, por instrumento de delegação da prestação do serviço de esgotamento sanitário.

Tipo de entidade executora	Municípios com serviço de esgotamento sanitário em funcionamento, por instrumento de delegação da prestação do serviço de esgotamento sanitário						
	Contrato de programa	Contrato de Concessão	Contrato administrativo	Lei ou decreto	Inexistente	Não sabe	Outro
Serviços autônomos de água e esgoto	1	8	1	311	19	9	3
Companhias estaduais de saneamento básico	639	539	12	5	115	1	33
Consórcios públicos	-	1	-	-	-	-	-
Empresas privadas	-	94	-	2	3	-	2
Associações	-	3	-	1	18	1	1
Outros	2	3	1	13	18	2	2

Fonte: Adaptado de IBGE. **Pesquisa nacional de saneamento básico 2017: abastecimento de água e esgotamento sanitário**, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020, p. 28.

Figura 5 - Municípios com serviço de abastecimento de água em funcionamento, por instrumento de delegação da prestação do serviço de esgotamento sanitário.

Tipo de entidade executora	Municípios com serviço de abastecimento de água em funcionamento, por instrumento de delegação da prestação do serviço de abastecimento de água						
	Contrato de programa	Contrato de Concessão	Contrato administrativo	Lei ou decreto	Inexistente	Não sabe	Outro
Serviços autônomos de água e esgoto	1	10	3	487	41	25	2
Companhias estaduais de saneamento básico	1.260	1.636	73	18	712	31	159
Consórcios públicos	-	1	-	-	-	-	7
Empresas privadas	-	170	1	6	18	1	8
Associações	-	34	34	15	512	116	12
Outros	22	79	2	22	38	3	1

Fonte: Adaptado de IBGE. **Pesquisa nacional de saneamento básico 2017: abastecimento de água e esgotamento sanitário**, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020, p. 27.

Destarte, buscando acabar com essa heterogeneidade, a exigência da prestação sanitária por meio de contratos objetiva uma maior organização em grandeza nacional, bem como viabiliza instrumentalmente a possibilidade de arranjos interfederativos para ganho de escala. Nada obstante, ponto crucial nessa uniformidade seria também a atração de alternativas às CESBs: investidores privados, que teriam seus termos de atuação melhor definidos pelo uso do

diploma formalmente convencionado. Tem-se tal necessidade, pois, como dito, o modelo embasado na dependência de companhias estaduais se mostrou frágil e precário: segundo o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (2019, p. 92), 76,5% dos municípios brasileiros possuem perda superior a 20% no processo de abastecimento de água encanada e 21% dos contratos utilizados já contam com seus prazos vencidos, sem que haja iniciativa estatal em ou renová-los ou abrir novas licitações.

Necessita-se, destarte, de se dissecar as principais formas contratuais ligadas ao saneamento básico no Brasil, tratando de suas implicações para a área e conceituando suas principais características.

4.1 Contratos Administrativos

A espécie contratual depreendida pelo contrato administrativo simples é regida inteiramente pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666 de 1998, cujo escopo de disposições é amplo e abarca diversos tipos de acordos.

Todavia, aqueles com maior incidências para a questão são, indubitavelmente, o contrato de empreitada de serviços e empreitada de obras. Em ambos, a Administração Pública contrata pessoa jurídica de direito privado para a execução de determinado objeto, provendo os materiais e ferramentas necessários. Para tanto, há apresentação de um projeto base pelo Poder Público detalhando os moldes do adimplemento que vinculará a atuação do particular.

Sobre o tema, Fernanda Meirelles (2010, p. 133) entende que a adstrição do particular às disposições da estrutura almejada pelo contratante “não deixa espaço para o aproveitamento de um eventual ganho de eficiência pela *expertise* do particular. Este fica adstrito a cumprir todas as determinações do contrato, inclusive quanto aos materiais utilizados na obra ou quanto à forma de execução dos serviços”.

Como característica principal, deve-se reforçar o vínculo bilateral firmado – Administração Pública e empresa particular -, bem como seu caráter de delegação terceirizada de parte específica da prestação de serviços ou construção de obras. Logo, o contratante continua sendo tomador, transferindo ao particular o mero caráter de prestadora dos serviços.

4.2 Contratos de Concessões

O âmbito das concessões, por outro lado, delega ao particular o caráter de tomador dos serviços e não de mero executor, como no tipo abordado anteriormente. Ressalva-se: aqui não

se fala em cedência da titularidade, uma vez que a Administração Pública mantém a competência da prestação, mas sim na transferência da execução dos serviços.

Desse modo, aponta-se como principais dispositivos sobre a modalidade, a Lei de Concessões propriamente dita – Lei nº 8.987/95 - e a Lei das Parcerias Público-Privadas – Lei nº 11.079/04. Pelo regime expresso na Lei nº 8.666/93, o particular, ao se sub-rogar como responsável pelo objeto contratual, passa a assumir os riscos e encargos a ele inerentes, o que, por conseguinte, significa também uma maior liberdade quando comparado à necessária adstrição ao projeto do poder concedente apresentado nos contratos administrativos. Em outras palavras, quanto à assunção dos riscos, o ente privado se compromete a arcar com as circunstâncias típicas da administração da empresa, enquanto o poder concedente suporta as ameaças do negócio em si.

Logo, perante a legislação em voga, Maria Helena Zanella Di Pietro (2018, p. 374) entende o conceito como:

[...] pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

Quanto à origem dos recursos financeiros, fato essencial para o entendimento da natureza da concessão é encontrado no art. 7º, §3º, da Lei nº 8.987 de 1995, que possibilita ao tomador adquirir financiamento extrínseco à relação contratual. Essa opção é extremamente relevante ao setor do saneamento básico, visto que suas obras vultuosas, muitas vezes em áreas economicamente hipossuficientes, ensejam um investimento inicial alto que só pode ser abatido a longo prazo, pelo pagamento de tarifas ou por sua cumulação com subsídios do poder concedente.

Esse poder remuneratório do usuário faz com que a relação das concessões seja tripartite, diferindo-se da bilateralidade dos contratos administrativos. Aqui, o beneficiário dos serviços públicos possui relação direta com o tomador, remunerando-o pelo adimplemento das tarifas, enquanto o Poder Público se direciona à fiscalização e cumprimento do instrumento de concessão, sem eximir-se de suas responsabilidades típicas de titular.

Tendo a estrutura básica em mente, ressalta-se que, pela Lei nº 8.666/93, as concessões podem ser ainda subdivididas em três grandes grupos, quais sejam: a) concessão de serviço público ou concessão comum, disciplinada pela Lei nº 8.987/95, cuja remuneração ocorre basicamente por meio de tarifa paga pelo usuário ou outra forma decorrente da própria exploração do serviço; b) concessão patrocinada, instituída pela Lei nº 11.079/04, como forma

de parceria público-privada, aqui, contudo, se cumulam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado); c) concessão administrativa, que visa a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta. Pode abranger a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, disciplinada também pela Lei nº 11.079/04, cuja remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado (PIETRO, 2019, p. 374-375).

Destaca-se que na parceria público-privada – PPP – de concessão patrocinada, há enfoque na prestação de serviços públicos de caráter econômico, sendo inviável, pelas despesas demandadas, que se conte meramente com a remuneração tarifária, fator que obriga o poder concedente a arcar com parte do pagamento à concessionária em prol da saúde econômico-financeira da relação contratual.

Nas concessões administrativas, não existe o fulcro no caráter econômico do objeto, o que possibilita a concessão de serviços públicos *lato sensu*, perfazendo uma Estado concedente, mas, aos mesmo tempo, também usuário do particular, como, por exemplo, ocorre na gestão privada de escolas, parques e hospitais. Nesse caso, a remuneração particular está, por óbvio, integralmente atrelada ao Poder Público, sem que seja possível a cobrança de tarifas dos usuários. O uso do instituto, todavia, não se restringe tão somente aos objetos de caráter não-econômico: a aplicação pode ocorrer igualmente para aqueles serviços nos quais a incidência tarifária não compensar, ainda que permitida por lei.

Cabe à Administração Pública a decisão sobre qual o melhor modelo de contratação, dentre aqueles disponíveis, para a viabilidade de atuação do ente privado e o atendimento ao princípio do melhor interesse público.

4.3 Contratos de Programa

Por fim, o terceiro tipo de delegação contratual relevante no saneamento básico brasileiro diz respeito aos Contratos de Programa. Neles, a estrutura é extremamente semelhante ao modelo usual das concessões: trata-se de instrumento que permite a transferência de um serviço específico, delineando-se contratualmente os parâmetros para sua prestação e a repartição das obrigações.

A diferença entre as espécies, recai no modelo associativos e gerencial que consta no tipo aqui dissecado:

A expressão contrato de programa, no âmbito do direito administrativo, costuma ser utilizada no mesmo sentido em que se fala em contrato de gestão, ambos fundamentados no artigo 37, § 8º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Sobre o tema, v. item 8.9. Agora, na Lei nº 11.107, a expressão está utilizada com outro sentido, que bastante se aproxima da própria noção de convênio e que nada tem a ver com a norma do referido dispositivo constitucional. O contrato de programa é referido, inicialmente, no artigo 4º, XI, d, que, ao mencionar as cláusulas necessárias do protocolo de intenções, inclui a “autorização para a gestão associada de serviços públicos”, explicitando, dentre outras coisas, “as condições a que deve obedecer ao contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados”. Mais adiante, é previsto no artigo 13 como instrumento a ser utilizado para a constituição e regulação de “obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos”. Da combinação dos dois dispositivos extrai-se a conclusão de que a gestão associada pode ser feita: mediante a constituição de consórcio público, como pessoa jurídica, na forma disciplinada pela Lei nº 11.107; mediante acordos de vontade, como o convênio de cooperação, o contrato de programa ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada (PIETRO, 2018, p. 664).

Por dado prisma, os contrato de programa poderão ser firmados dentro de consórcios públicos - entre o consórcio propriamente dito e um de seus consorciados, quando este assumir a obrigação de prestar serviços por meio de seus próprios órgãos - Administração Direta - ou por meio de entidade da Administração Indireta – ou também fora dos consórcios públicos, quando a gestão associada não exigir a constituição de consórcio, sendo disciplinada diretamente pelo contrato de programa (PIETRO, 2018, p. 665).

Antes o exposto, duas diferenças principais são apontadas entre os programas e as concessões: no primeiro tipo, o contratado será sempre um ente da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, enquanto o segundo formato possibilita o acordo com terceiros particulares. Para mais, por se tratar de “relação interna” do Poder Público, ainda que por vezes interfederativa, a Lei nº 8.666, em seu art. 24, inciso XXVI, prevê ser caso de dispensa de licitação a celebração “de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação”, possibilidade inexistente no âmbito das concessões.

Assim, essa ligação com a gestão associada permite, no âmbito do saneamento básico, uma celebração menos entroncada entre os municípios – ou consórcios – e as CESBs, prevendo metas e obrigações a cada ente. A repartição dos riscos e competências em nível plurimunicipal abre margem para a aplicação da tarifa cruzada, sopesando fazendas públicas hiper e hipossuficientes para garantir uma isonomia tarifária aos usuários de todas as localidades beneficiadas. Nesse diapasão, é similarmente possível a adoção de tarifas sociais para usuários

de baixa renda, de maneira que o valor por ele devido seja subsidiado e o pagamento a ser adimplido tenha monta menor que a usualmente praticada.

4.4 Da busca por homogeneidade

Abordadas as três formas mais relevantes de contratação atual, conclui-se que, apesar das distintas qualidades nas espécies tratadas, o setor sofreu com a ausência de um marco regulatório por tantos anos, fragilizando-se por uma heterogeneidade que impede a análise geral da política regulatória, tarifária e executória no país, visto que cada município adota sistema de profunda especificidade.

A falta de um esquema contratual uniforme torna complexa a medição dos níveis de eficiência e transparência no ramo, precarizando a relação para ambas as partes.

Esses instrumentos, celebrados em momento anterior a 2007, permanecem ativos, sem qualquer contribuição de estabilidade. Em estudo anterior à Lei nº 11.445/2007, Alceu de Castro Galvão Junior e Mario Augusto Parente Monteiro (2006, p. 360) indicaram os malefícios da falta de uma parametrização normativa para a uniformização contratual:

As indefinições aqui mencionadas permitiram a negociação, no âmbito de cada contrato de concessão, de interesses específicos do poder concedente e das CESBs. Ademais, aliado à falta de um marco legal, o despreparo de concessionárias e concedentes, habituados ao dirigismo característico dos tempos do Planasa, implicou a inclusão de cláusulas inadequadas, ora para as concessionárias, ora para os concedentes.

Como solução para as questões apresentadas, urge a definição de um marco regulatório para o setor que aponte diretrizes gerais para concessão, regulação, tarifas, direitos e deveres, entre outros, e que também respeite o papel dos titulares em regulamentar os serviços sob sua concessão.

Finalmente, conclui-se que, na ausência do referido marco legal, os contratos a serem firmados devem observar a inclusão de cláusulas relativas aos seguintes aspectos: (i) metas de expansão da prestação dos serviços e dos investimentos requeridos; (ii) regras tarifárias transparentes e consistentes; (iii) formas de controle e regulação do setor pelo poder concedente; e (iv) definição precisa dos direitos e deveres do poder concedente e da empresa concessionária.

Com o distanciamento temporal cabível, é possível concluir que a norma requerida pelos autores foi promulgada, mas os problemas indicados continuam atuais. Logo entendeu-se que a uniformidade contratual deveria ter sido prioridade no MRSB, tal conceito foi somado a outros requerimento que urgiam na tentativa de reforma da Lei nº 11.445 e a atualização do Marco Regulatório se fazia necessária.

4.5 Lei nº 14.026 de 2020

Em dado panorama, as críticas permaneciam justificadamente direcionadas ao setor e, como nunca antes, ligavam diretamente a baixa cobertura do saneamento à capacidade restrita das CESBs, não só quanto ao seu alcance, como também à eficiência do modelo. O raciocínio é simples: a dependência da iniciativa pública é explícita, seus recursos são insuficientes para a universalização até 2033 e, no momento hodierno, a área está muito aquém do desejado.

Mais precisamente na segunda metade da década de 2010, movimentos pela reforma da Lei nº 11.445 de 2007 começaram a surgir tanto na esfera social, quanto na legislativa. Dessa maneira, os Projetos de Lei nº 10.996/2018, 3.189/2019, 3.070/2019, 3.261/2019 e 4.162/2019 se sucederam na tarefa de atualizar o MRSB. O último projeto já trazia, em sua justificativa, indicações relativas ao combate do monopólio público supra descrito:

7. Em relação aos prestadores de serviço, o SNIS (2017) mostra o seguinte quadro: 68,9% são Empresas Estaduais de Economia Mista; 17,4% são da Administração Pública direta; 9,3% são Autarquias; 2,9% são empresas privadas; 1,4% são empresas públicas e 0,1 são Organizações Sociais. Breve análise desses dados projeto para a necessita de investimentos de pelo menos R\$ 22 bilhões por ano para alcançar a universalização do acesso a esses serviços. E numa conjuntura de grave crise fiscal com restrição de investimentos públicos, ao Governo Federal só resta constituir sólidas parcerias com a iniciativa privada, com apoio imprescindível dos Estados e Municípios e com o interesse único de levar conforto, qualidade de vida e saúde aos brasileiros desassistidos.

8. Trata-se de um setor altamente monopolizado, onde as empresas estaduais possuem forte predomínio e a iniciativa privada está presente em apenas 6% dos municípios, apesar de representar mais de 20% dos investimentos realizados no setor. O setor de saneamento básico no país acumula índices preocupantes de cobertura, comprometendo a saúde da população, principalmente daquela menos assistida pelas políticas públicas, e necessita de respostas ousadas e factíveis.

9. Não se pode conviver com mais de 40 milhões de brasileiros sem acesso a água de qualidade, e quase 104 milhões sem esgoto tratado adequadamente, num país considerado a 9ª economia do mundo e subjugada a 123º no ranking mundial de serviços públicos de saneamento ambiental. O Brasil necessita investir mais de R\$ 20 bilhões por ano até 2033, para universalizar a cobertura de água e esgoto em todo o seu território e evitar a morte prematura de 15 mil pessoas por ano por doenças de veiculação hídrica ou causadas pela ausência de saneamento (BRASIL, 2019, p. 26).

Na esteira da insuficiência, a justificativa do mesmo PL (2019, p. 26) demonstra que R\$ 3,5 bilhões se tornaram infrutíferos pelo cancelamento de 160 contratos no período entre 2007 e 2019, uma vez que os municípios, estados e concessionárias públicas “não conseguiram executar os empreendimentos previstos, basicamente obras de saneamento ou elaboração de projetos executivos de engenharia”. Igualmente, o Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (2019, p. 41) indica que 38,3 %, do total de água tratada no país é desperdiçada. O PL mencionado teve sucesso em seu objetivo, originando a Lei nº 14.026 de 2020 que “atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho

de 2000 [...]”. Essa última norma citada pela ementa da atualização diz respeito à legislação que estabelece as atribuições e competências da Agência Nacional de Águas – ANA -, cujas disposições, após 2020, passaram a delegar à autarquia o poder para edição de normas regulatórias no saneamento básico brasileiro. Observa-se:

Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

Assim, como na sede contratual, essa competência legislativa almeja uma parametrização dos serviços em sede legal, buscando estabelecer um mínimo de qualidade e eficiência em um âmbito tão essencial à dignidade humana. Evoca-se que a coordenação do PLANSAB deixou o aspecto mais unitário do extinto Ministério das Cidades e passou a ser realizada pelo recém-criado Ministério do Desenvolvimento Regional.

Mesmo que a uniformização seja fundamental, acentua-se que ela não é um fim em si própria, mas sim um meio para que a segurança da universalização seja concretizada. Tal meta, por exegese do dispositivo de 2020, deve ser inegavelmente acompanhada pelo surgimento mais significativo de aportes privados nos serviços e, por consequência de uma realidade competitiva no campo sanitário. Essa linha condutora se faz presente de forma principiológica no Marco Regulatório, após sua reforma:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:
XV - seleção competitiva do prestador dos serviços;

Em mesmo sentido, há agora disposição expressa sobre a primordialidade da fiscalização, do compartilhamento de dados e da segurança jurídico-social na prestação dos serviços, para estabelecimento de um cenário atrativo à atuação de empresas não-estatais:

Art. 48. A União, no estabelecimento de sua política de saneamento básico, observará as seguintes diretrizes:
XIV - promoção da segurança jurídica e da redução dos riscos regulatórios, com vistas a estimular investimentos públicos e privados;
XV - estímulo à integração das bases de dados;
XVI - acompanhamento da governança e da regulação do setor de saneamento;

Ao lado da atração de investimento alternativos às contas públicas, a Lei nº 14.026/2020 também traz em seu bojo um cuidado marcante no tratamento do saneamento básico com implicações intersetoriais e, principalmente, com a prestação regionalizada dos serviços, sempre com vistas ao equilíbrio financeiro e ao ganho na economia de escala:

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

XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços;

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

VI - prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em:

a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da MetrÓpole);

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares;

Art. 49. São objetivos da Política Federal de Saneamento Básico:

XIV - promover a regionalização dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala, por meio do apoio à formação dos blocos de referência e à obtenção da sustentabilidade econômica financeira do bloco;

A busca pela regionalização do saneamento básico nada mais é que mecanismo para a tentativa de alcance em áreas hipossuficientes, com usuários de baixa capacidade financeira para financiamentos tarifários. Planeja-se que a criação de blocos administrativos potencialize o compartilhamento de recursos entre os municípios integrantes, de forma que municipalidades isoladas e com realidades financeiras deficitárias, sejam beneficiadas pela arrecadação superavitária de locais com maior poderio econômico. É a difusão da prática denominada como subsídio cruzado, para que empresas não limitem seus esforços aos lucros dos territórios com maior disposição de capital.

A fim de promover esse processo, com a atualização regulatória, a legislação aplicável passou a prever a dispensa dos planos municipais de saneamento nos casos em que existir o mesmo instrumento em escopo regional:

Art. 17. O serviço regionalizado de saneamento básico poderá obedecer a plano regional de saneamento básico elaborado para o conjunto de Municípios atendidos.

§ 1º O plano regional de saneamento básico poderá contemplar um ou mais componentes do saneamento básico, com vistas à otimização do planejamento e da prestação dos serviços.

§ 2º As disposições constantes do plano regional de saneamento básico prevalecerão sobre aquelas constantes dos planos municipais, quando existirem.

§ 3º O plano regional de saneamento básico dispensará a necessidade de elaboração e publicação de planos municipais de saneamento básico.

§ 4º O plano regional de saneamento básico poderá ser elaborado com suporte de órgãos e entidades das administrações públicas federal, estaduais e municipais, além de prestadores de serviço.

A previsão da regionalização é tão intensa que há, inclusive, condicionamento à alocação dos recursos federais e financiamentos da União à constituição de prestações em

blocos, bem como ao reforço das políticas de governança, outra inovação legalmente positivada:

Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados:

VII - à estruturação de prestação regionalizada;

VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada;

X - à constituição da entidade de governança federativa no prazo estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo.

Os intentos referentes à regionalização dos serviços passam inegavelmente pelo ponto da titularidade municipal na Constituição Federal de 1988. A plena competência municipal para executar os serviços resultou, como dito, em uma multiplicidade regulatória manifestada nas mais diversas espécies de prestação que, por sua vez, é ainda realizada sob custos elevados para o ente público ou privado que o executa, visto que há necessidade de adaptação individual a cada exigência dos titulares.

Tendo isso em vista, a nova norma define dois tipos de interesses no art. 3º, incisos IV e V, do instrumento de 2007: os comuns - “serviços de saneamento básico prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura [...] entre 2 ou mais Municípios” – e os locais – “funções públicas e serviços cujas infraestruturas e instalações operacionais atendam a um único Município”.

Relembra-se que, caso a prestação regionalizada seja instituída, a adesão do município é facultativa. Dessa maneira, ainda que opte por integrá-la, sua participação se manterá pelo pleno compartilhamento nas tomadas de decisão, sem supremacia da vontade de um dos entes e a supressão dos demais, conforme explicitado em item 2.2.2.

A busca por esse pragmatismo de desempenho ainda abriu margem para que a Lei nº 14.026/2020 viabilizasse municípios sem capacidade técnica suficiente a delegarem a regulação da prestação dos serviços “a qualquer entidade reguladora”, descrevendo a limitação das atividades desempenhadas e as formas de sua atuação – art. 23, parágrafo 1º, do MRSB. Tal delegação pode ser, até mesmo, para entidade de estado diverso do titular, caso não exista no estado agência reguladora constituída que tenha aderido às normas de referência da ANA, seja dada prioridade àquela mais próxima à localidade do titular e haja anuência da agência

escolhida, que poderá cobrar uma taxa de regulação variável, a depender da sua distância com o titular – art. 23, parágrafo 1º-A, do MRSB.

Fato é que, após 2020, o escopo da Lei nº11.445/2007, deixa de ser na previsão detalhada das execuções e passa a objetivar o cumprimento de metas, garantindo maior liberdade aos meios, para dar concretude aos fins.

O art. 11-B, igualmente reformado, explicita esse foco ao proclamar que:

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

Há, assim, ensejo para abordagem do último ponto de relevância para a presente monografia: as modulações contratuais do setor após o dispositivo de 2020. Pela redação dada pela Lei nº 14.026, o art. 10 do Marco Regulatório agora prevê apenas que:

Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

Aqui ocorre o combate mais direto à heterogeneidade dos instrumentos de delegação. A escrita que antes reconhecia a necessidade de contratos *lato sensu* para o ato, agora se limita à concessão. Claro que os instrumentos em vigor poderão continuar vigentes até seu vencimento, sem a necessidade de remodelarem-se em contratos de concessão, desde que os prestadores comprovem, até 30 de março de 2022, sua capacidade econômica em prosseguir com os serviços e estejam alinhados às metas de universalização citadas anteriormente.

A consequência fática mais drástica em relação à redação anterior é a extinção dos contratos de programa, não só de forma tácita, como também expressa pela própria ementa da Lei nº14.026/2020 ao afirmar que suas disposições alteram a Lei nº 11.107 de 2005 – Lei dos Consórcios Públicos - para “vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal”.

É simples compreender a extinção ao se recapitular que a espécie contratual combatida contava com a prerrogativa de dispensa de licitação para sua celebração, para entes da Federação ou perante entidade de sua administração indireta, o que reforçava o monopólio no mercado e, conseqüentemente, contradiria todo o escopo de concorrência e atração da iniciativa privada que permeia a *novatio legis*.

Em resumo, os contratos de programa passaram a ser ferramentas de concessão dos serviços às CESBs, sem qualquer respaldo licitatório. Ainda que permita a continuidade dos instrumentos vigentes e entenda a importância dos esforços interfederativos para a universalização, a atualização da legislação encara a existência da espécie contratual como prejudicial aos novos princípios de segurança, transparência, competitividade e, principalmente de isonomia entre os prestadores públicos e privados do setor.

Como saída, a Lei atual, além de vincular os contratos de prestação por entidade que não integre a administração do titular à celebração de concessão, também vincula a validade dos instrumentos à inserção de cláusulas mínimas com "metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva [...]" – art. 10-A, inciso I, do MRSB.

Seguindo o inteiro teor da reforma da área, a simplificação dos instrumentos contratuais em busca da uniformidade de suas espécies, nada mais é do que meio para a efetivação da segurança jurídica na regulação e fiscalização dos serviços, proporcionando ambiente favorável para a prestação regionalizada e atração da iniciativa privada.

O ponto que fica aberto é: como formalizar esses contratos em prol da eficiência de seu adimplemento e sem prejuízo ao erário do titular?

5 DO SEGURO-GARANTIA E SUA APLICABILIDADE

A tarefa de atração de capital privado e prestação regionalizada para o âmbito sanitário parece essencial, mas ainda cercada de incertezas quanto à sua forma de execução e segurança. O que não se contesta é o fato de o poder público não estar sujeito à inadimplimentos ou prejuízos financeiros vultuosos.

Por consequência, surge a questão: como ligar o melhor interesse social à busca por lucro da iniciativa privada sem que a saúde pública esteja sujeita à descontinuidade dos serviços e sem que sejam causados danos acentuados ao erário por um mero descumprimento contratual?

A resolução legal mais óbvia seria a inserção de um dispositivo que garanta a execução do instrumento e, caso o inadimplemento ocorra, que minimize as avarias estatais e os danos sociais pela falta dos serviços, até então executados pela concessionária.

Ainda que hercúlea, a busca por um instituo que se molde ao caso pode ter início nas relações público-privadas dos Estados Unidos, país que historicamente possui a experiência mais intrincada entre as duas iniciativas.

À vista disso, surge, inicialmente, a figura do *surety bond*, um vínculo contratual acessório que resguarda o cumprimento de uma obrigação principal diversa. Por ele, caso não haja adimplemento do anteriormente acordado, uma empresa seguradora passará a dever quantia, ou outro elemento lícito, ao credor do objeto não cumprido, nos moldes do vínculo previamente firmado.

Em um primeiro momento, tal instituto poderia minimizar os danos econômicos causados à Administração Pública. Tratando-se de saneamento básico, contudo, o risco maior não se encontraria tão somente nos déficits orçamentários dos titulares, mas também na precariedade enfrentada pela população local sem acesso a seu mínimo existencial após a paralisação das operações.

Sem querer cair em prolixidade, reforça-se por mais um instante: a área tratada neste estudo não representa atividade econômica comum, mas setor basilar de efetivação mínima da dignidade da pessoa humana.

Recai-se, portanto, em uma variação, ou espécie, do *surety bond*, especificamente com vistas à garantia da intermitência do objeto contratado: o *performance bond*. Por ele, a empresa garantidora não se dispõe apenas a assegurar qualquer obrigação previamente acordada, mas possui também a possibilidade de dar continuidade ao objeto ou, ao menos, meios suficientes para que ele prossiga.

Há aqui a figura essencial de uma empresa seguradora, que será remunerada por um prêmio pago pelo credor – ou *obligee* na nomenclatura em inglês. Caso haja quebra contratual por parte do devedor, a seguradora será ativada por reclamação do credor, registrando-se o sinistro e tornando exigível a obrigação de garantia.

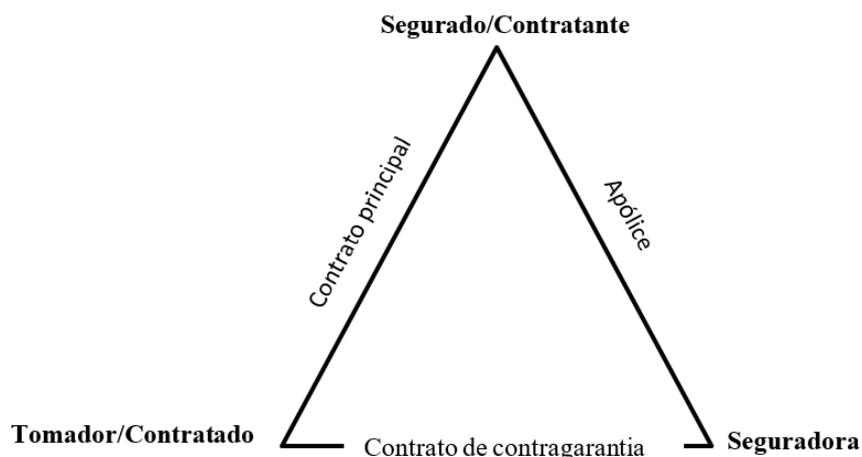
Ressalva-se que a empresa garantidora não poderia ficar inerte em face do devedor, dado que seus atos podem acarretar ou não no adimplemento do objeto segurado. Logo, todo *performance bond* é acompanhado por um acordo que estabelece contragarantias do tomador em face da seguradora, a fim de reparar os danos por ela sofridos

Após o inadimplemento contratual, resta à seguradora o recebimento da contraprestação acordada e a execução da obrigação assumida perante o credor do contrato principal. Na realidade norte-americana, perante o contrato de garantia, as empresas costumam ostentar as seguintes possíveis posturas:

- a) denegação da indenização em vista do inadimplemento ocorrido, caso conclua ter motivos para a recusa;
- b) disponibilização de quantia em dinheiro: sob essa opção, a *surety* entra em acordo com o *obligee* para o pagamento de uma quantia fixa em dinheiro em troca de sua liberação para quaisquer responsabilidades adicionais que porventura existam. Esse tipo de acordo costuma ser chamado na nomenclatura estadunidense de *buying back the bond* (comprando de volta o contrato);
- c) financiamento do *principal*: o *surety* pode escolher completar o trabalho inadimplido pelo *principal*, financiando-o. Apesar de não haver obrigação do *surety* em financiar o *principal*, a *surety* pode fazê-lo por conveniência;
- d) licitação da consecução do resto do objeto do contrato para uma outra empresa ou pagar para que o *obligee* realize, por conta própria, o resto do serviço do contrato original;
- e) assunção do objeto do contrato original pela própria garantidora para a consecução das atividades contratadas, mas ainda não satisfeitas. (RAICK, 2018, p. 26)

Ainda que pareça complexa, o que se tem explanado é uma relação tripla, constituída por três vínculos contratuais distintos. O esquema a seguir permite compreender melhor as conexões descritas:

Figura 6 - Relação tripartite nos contratos de performance bond



Fonte: Adaptado de Eliane Poveda (2012, p. 93) apud GOMES, Frederico Yokota Choucair. **Análise Econômica da Performance Bond nos Contratos de Obras Públicas**. Belo Horizonte. 2016, p. 10.

De maneira sucinta, o performance bond se restringe a uma transferência de riscos para a empresa seguradora, implicando em uma relação tripartite para dinamização de possíveis danos. Apesar do sistema de fácil entendimento, seu funcionamento no país de origem resguarda especificidades que devem ser melhor abordadas.

5.1 Origem e procedimento de uso nos Estados Unidos

Por especificidades socioeconômicas profundas que permeiam sua história desde sua ocupação como colônia inglesa, o mercado de seguros sempre foi parte integrante dos Estados Unidos. A busca por garantias securitárias, inicialmente na figura de pessoas físicas, passou a se fortalecer em múltiplas empresas competitivas ao final do século XIX. Logo, os benefícios da transferência de riscos foram percebidos pelo Poder Público que, em 1894, editou o primeiro marco normativo da área no país: o *Heard Act*.

Dada norma obrigava as companhias do ramo a oferecerem seguros para obras públicas e autorizava o uso de garantias de pessoas jurídicas para os contratos de construções civis federais, que, àquele tempo, sofriam com os altos índices de inadimplência do setor privado em suas execuções. Por essa disposição, perante possível descumprimento do contrato principal pelo ente privado, os fornecedores de materiais ou mão-de-obra, bem como o erário, estariam resguardados por uma empresa que oferecesse garantias fidejussórias.

O funcionamento, entretanto, se apresentou longe do resultado almejado, visto que o recebimento do valor garantido era primeiro transferido ao Governo Federal e, somente após seis meses da extinção do contrato principal, os fornecedores possuiriam direito de requerimento do saldo restante. Em consonância com tal mecanismo precário, havia também graves entraves judiciais na discussão acerca das quantias a serem recebidas por cada fornecedor, na medida em que suas naturezas e contribuições eram proporcionalmente distintas para a totalidade da obra, sendo ônus dos próprios provedores provar que seus produtos foram de fato utilizados na execução da construção.

Esse caótico cenário foi permanentemente transformado em 1935, com a aprovação do *Miller Act*, vigente até os dias atuais. Marco no setor de seguros públicos, a norma, como reza a tradição jurídica do *common law*, é concisa e abrangente, sem detalhamentos muito aprofundados. Há aqui, porém, distinção essencial entre a proteção ao erário e aos fornecedores do contratado: cria-se a separação entre *payment bond* - garantia aos fornecedores de materiais e mão-de-obra – e *performance bond* – garantia ao erário.

Em ambos, há um prêmio pago por uma seguradora, mas a cifra é dirigida separadamente à cada um dos agentes, nos termos especificados contratualmente. Como o estudo em questão é dirigido ao âmbito público, continuar-se-á à exposição dos fatos restringidos tão somente ao *performance bond*.

Dessa forma, há aqui que se fazer comentário acerca do valor desse prêmio, cuja natureza não é remuneratória, como usualmente ocorre nas demais formas securitárias: no sistema comum de seguros, ambas as partes esperam esporádicas indenizações em face da concretização de riscos que surjam no correr do contrato. Para isso, forma-se fundo com contribuições pagas pelo próprio segurado que eventualmente poderá ser utilizado pela seguradora no adimplemento do prêmio, proporcional à gravidade do dano sofrido. A cifra exigida pela seguradora, e pontualmente adimplida pelo segurado, irá, portanto, variar de acordo com o grau de exposição aos riscos constatados.

O prêmio no âmbito do *performance bond*, por outro lado, não considera essa proporcionalidade às chances de dano, já que a probabilidade aos riscos é absorvida pela figura do contrato de contragarantias, celebrado entre o tomador e a seguradora. Portanto, a ameaça financeira às contas da garantidora é limitada, em primeiro lugar, ao intervalo entre o pagamento do prêmio ao segurado e a efetiva execução contratual das contragarantias, uma vez que nesse delta de tempo o sinistro será arcado pelo próprio patrimônio da garantidora, e, em segundo lugar, pelo cálculo adequado das contragarantias na amortização o prêmio, para que não haja perda de valor à seguradora (BELTRÁN e ANTILLÓN, 2007, p. 10-12).

Cabe ressaltar que o preço final pago pelo segurado não diz respeito tão somente ao valor necessário para garantia do *quantum* principal, mas também a “taxas de administrativas de investigação, certificação e fiscalização do segurado e do serviço prestado”, conforme Franciso Galiza (2015, p.17).

Todavia, de acordo com John Curtin (2002, p.21), mesmo com essa gama de variáveis, o valor médio dos *performance bonds* norte-americanos costuma ser menor do que 1% do contrato principal, podendo ser aumentado nos acordos de monta menor do que 1 milhão de dólares e, por óbvio, ser modulado de acordo com a confiabilidade de crédito do tomador.

Dado ponto, inclusive, referente à análise de confiabilidade do contratado e fiscalização de sua execução, é outro elemento de extrema relevância para a realidade do instituto estadunidense. Nos moldes que depreende Lynn Schubert (2003, p.48), o *performance bond* se constitui, de maneira geral, como um serviço de análise da qualificação do contratado, verificando sua saúde financeira e capacidade técnica, tornando-se também fiscal da probidade e situação da obra a ser executada. Para tanto, seu uso é necessário, principalmente, quando há expectativa de dano ou perda, sendo o valor do prêmio referente à tais tarefas de pré-qualificação e acompanhamento do cumprimento contratual.

A análise prévia é critério essencial para a aprovação da empresa no processo de subscrição do *performance bond*, cabendo à seguradora julgar sobre a viabilidade da cobertura securitária. Esse procedimento, inicialmente, implica no fornecimento de documentos que contenham informações acerca da saúde financeira da empresa, grandes trabalhos e contratações pretéritas, seus fornecedores, instituições bancárias parceiras, poder econômico de seus proprietários e composição de sua gestão (RUSSEL, 2000, p. 58). Não obstante, as etapas para subscrição podem ainda compreender qualquer ato que facilite o entendimento da confiabilidade do tomador.

Perpassada a fase de exame, a garantidora disponibilizará o saldo de cobertura proporcional à credibilidade da companhia que terá disponível dois limites determinados: um por projeto e outro referente ao total máximo. Faz-se, assim, demarcações à possibilidade de contratações do tomador, visto que haverá duas raias de limitação dos contratos firmados com respaldo de seguros.

Desse ponto em diante, o tomador poderá requerer garantia já no oferecimento de uma proposta, o chamado *bid bond* - compensação financeira que assegura o cumprimento de todas as cláusulas do projeto, bem como o compromisso com a assinatura do contrato e a utilização de futuras garantias em seu adimplemento, caso a proposta seja aprovada.

A partir do momento de êxito na licitação, o contratante poderá pleitear a emissão do *performance bond* para a execução contratual. Ressalta-se que tanto a prévia disponibilização de teto para cobertura, quanto a emissão de *bid bond*, não vinculam a seguradora à obrigatoriedade de concessão do *performance bond* (RUSSEL, 2000, p. 57).

A aferição para subscrição, em suma, é um estudo da relação do tomador com sua capacidade de crédito, que, para Theodore Beckman (1962, p. 46), possui, quatro espectros distintos: caráter, capacidade, capital e condições.

O primeiro diz respeito aos valores daqueles que possuem, gerem e administram a empresa, sopesando se as qualidades constatadas levam ao inegável objetivo de honrar com o compromisso assumido. O segundo se refere ao poder técnico da contratada em adimplir com o instrumento pactuado, sem que obstáculos profissionais internos lhe impeçam de executar o objeto. O terceiro, por sua vez, abrange a aptidão econômica propriamente dita, a capacitação técnica em suportar os gastos e arcar com as despesas intrínsecas à execução. Por fim, as condições consideram o contexto macroeconômico em que o mercado da empresa se encontra, aferindo se são realmente favoráveis à celebração e efetivação do acordo.

Considerando-se, agora, os papéis exercidos pela seguradora no instituto abordado, depreende-se que a sua adoção é viável ao se constatar que, para além do decréscimo dos riscos, há disparidade vultuosa entre os custos de fiscalização da execução despendidos pelo Estado e a quantia cobrada pela seguradora. Ao tratar dessa premissa na construção civil, Frederico Yokota Chocair Gomes (2016, p. 25) infere:

[...] podemos concluir que a contratação de uma obra com seguro-garantia será vantajosa se os ganhos de eficiência gerados pela transferência parcial dos custos de monitoramento e riscos do Estado para a seguradora superar os custos de transação que surgem em manter uma relação trilateral, ao invés de uma relação bilateral. Portanto, a *performance bond* será vantajosa quando a seguradora possuir uma vantagem comparativa suficientemente superior ao governo, no que toca à capacidade de monitoramento e execução ou indenização em caso de inadimplência da contratada, que justifique a relação trilateral. A seguradora deve ser mais eficiente no monitoramento da empreiteira, minimizando consideravelmente os custos de monitoramento e os riscos envolvidos na operação.

Essa é a estrutura básica de funcionamento do *performance bond* que, percebe-se, possui natureza própria, diferindo-se, em muito, do funcionamento ordinário de uma garantia – ou fiança - bancária pelas características explicitadas supra e aqui resumidas. Observa-se: a) no *performance bond*, existem critérios técnicos, econômicos e financeiros na aceitação. Enquanto na fiança bancária, afere-se somente prerrogativas econômicas e financeiras; b) a fiança bancária compromete o poder de disponibilização do crédito bancário, visto que a instituição é a única a arcar com os prejuízos advindos do inadimplemento. O modelo estadunidense, por

sua vez, mitiga os riscos entre a seguradora – que arcará com o pagamento imediato do prêmio – e o tomador – que possui o dever de ressarcir a seguradora após a execução das contragarantias; c) o instituto norte-americano é tido como forma de barateamento e simplificação contratual perante a fiança bancária comum, com taxas consideravelmente menores; d) o *performance bond* oferece a possibilidade de continuação do cumprimento contratual sob responsabilidade da seguradora, não se restringindo tão somente à compensação monetária, como faz a fiança (GALIZA, 2015, p. 18-19).

Dessa forma, está especificada espécie única de asseguração que, apesar de já consolidada e amplamente difundida nos Estados Unidos, se encontra ainda embrionária no Brasil, apenas sendo possível estabelecer paralelos com um congênere instituto nacional.

5.2 Seguro-garantia brasileiro

No Brasil, inexistente o *performance bond* propriamente dito, mas instituto similar denominado seguro-garantia. O subcapítulo em questão irá dispor acerca das similaridades e incongruências entre ambas as espécies, procurando compreender seu funcionamento e as circunstâncias que permearam sua criação no país.

Assim, de maneira preliminar, define-se que o seguro-garantia é igualmente destinado a resguardar obrigações contratuais pela mesma estrutura tripartite do sistema norte-americano, também gerando obrigação da seguradora em pagar prêmio no caso de inadimplemento do objeto pelo tomador. Contudo, o papel de protagonismo desempenhado pelo *performance-bond* em seu país, não poderia ser mais distante da realidade brasileira de seu congênere, como se afigure por sua histórica coadjuvância.

Por conexão com o viés desenvolvimentista já mencionado neste estudo, a origem nacional do sistema se deu durante o início do Regime Militar, em 1966, com o Decreto-Lei nº 73 que, em seu art. 3º, estabeleceu que se consideram “operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias”. O art. 20, alíneas e) e f), do dispositivo, também tem contribuição para o setor ao determinar que são obrigatórios, os seguros de “garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis” e de “garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária”. Em que pese ter instituído o seguro de garantias no ordenamento, o referido diploma normativo se limitou a estabelecer a modalidade como ramo de seguros privados e descrever seus dois cenários de obrigatoriedade. Não houve sequer a preocupação com uma definição legal ou com a descrição de seu funcionamento.

Houve ainda certas evoluções nessa lacuna legislativa, em 1967, com o Decreto-Lei nº200 – que permitia o seguro-garantia em contratações para obras da Administração Pública – e em 1973, com o Decreto nº73.140 que apesar de modificar o instrumento anterior, manteve a possibilidade de utilização da modalidade securitária nos contratos públicos.

Os intentos sobre o tema, então, cessaram. Foi apenas em 1982 que a Superintendência de Seguros Privados – Susep - delegou atenção exclusiva à criação de um marco regulatório sobre a matéria: a Circular nº 8 de 31 de março.

Fato é que o seguro-garantia sempre possuiu papel coadjuvante no Brasil, estando à sombra da clássica fiança bancária, não apenas por sua aparente estrutura menos entroncada, mas pelo contexto favorável que permeava o mercado financeiro na década de 1960: com a ascensão do período militar em 1964, o sistema monetário foi profundamente modificado pela criação do Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES e do já comentado BNH. A imediata consequência macroeconômica de tais instituições em âmbito nacional foi a acentuação do poderio de emissão de moeda pelo Banco do Brasil, sem dependência única do Banco Central – Bacen. Desse modo, as instituições bancárias passavam a possuir seu passivo financiado pela simples expansão da base monetária do país, bastando que recorressem ao Bacen pelas chamadas “contas de movimento”. Em resumo, o Banco Central poderia fornecer recursos especiais às instituições bancárias, e, caso seus bens disponíveis fossem insuficientes, bastava aumentar a emissão de moeda. Adquirir tais verbas possuía, portanto, custo quase nulo para o Bacen e extremamente baixo para os bancos que as recebiam, como consequência, seus produtos ofertados, tal como a fiança bancária, possuíam preços mínimos ou até mesmo zero, a depender de variáveis como a relação entre o solicitante e a instituição. (RAICK, 2018, p. 71-72)

Essa liberdade de aquisição de capital pelos bancos permitia que os contratos de fiança fossem negociados a taxas extremamente baixas, sem que houvesse margem para o crescimento prático dos seguros-garantias, completamente alheios ao setor bancário.

Isto posto, foi somente em 1986 com o Decreto-Lei nº2.300 que a legislação nacional adquiriu, de fato, renovação sobre o assunto, ainda mantendo a opção da ferramenta nos contratos públicos, porém, perfazendo, pela primeira vez, um teto máximo de 5% para sua cobertura.

Claro que a imposição de um percentual tão baixo distanciou o seguro-garantia da sistemática do *performance bond* – por vezes de valor maior que 100% do contrato principal. Todavia, com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e posterior redação da Lei de Licitações – Lei nº8.666 de 1993, houve tentativa de extinção do teto para essa modalidade

securitária, tendo restado infrutífera por veto do Presidente da República, em razão de argumentos que serão demonstrados ao final do presente capítulo. Em verdade, por força de tal ato, o seguro-garantia foi excluído de toda previsão da norma licitatória, tendo voltado à legislação pátria apenas em 1994, em razão da Lei nº 8.883, que reformou o diploma de licitações.

A alteração, vigente desde então, impõe limites de 5% da monta do contrato principal para serviços comuns ou de 10% nos casos de obras de grande vulto. Consolidada-se, assim, a estruturação atual do seguro-garantia brasileiro.

Hodiernamente, no país, a aplicação do instituto é escassa e carece de *cases* ou construções fáticas para estudos concretos. Logo, a maior fonte de disposições acerca dessa espécie ocorre ainda no campo normativo, com maiores detalhes na Circular nº 477 da Susep, editada em 30 de setembro de 2013, que estabelece suas duas subespécies: o Seguro Garantia: Segurado - Setor Público e o Seguro Garantia: Segurado - Setor Privado, respectivamente dispostos no art. 3º, incisos I e II, do dispositivo.

É evidente que o recorte aqui utilizado implica em uma abordagem isolada da categoria incidente na iniciativa pública, caracterizado pelo referido diploma como:

Art. 4º Define-se Seguro Garantia: Segurado - Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de:

I - processos administrativos;

II - processos judiciais, inclusive execuções fiscais;

III - parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa;

IV - regulamentos administrativos.

Parágrafo único. Encontram-se também garantidos por este seguro os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso.

Mais especificamente, o ramo 0775 da circular dispõe sobre o seguro-garantia da relação “em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões e permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Passa-se, então, a abordar as peculiaridades desse ramo com maiores implicações para a dissertação, visto que, à primeira vista, a relação tripartite se mantém como nos moldes tratados anteriormente

Em primeiro lugar, como no sistema americano, cabe ao tomador pagar o prêmio à empresa garantidora, após a devida compensação do segurado. Destarte, a Circular afirma que

esse valor vai para além da cifra contratual, devendo abarcar também as indenizações e multas decorrentes do inadimplemento. Para tanto, a apólice terá vigência pelo mesmo período do contrato principal, extinguindo-se com a cessão de seus efeitos.

Por estar tão fortemente atrelado ao valor previsto no instrumento, qualquer modificação no preço ou vigência deverá ser previamente aprovada pela seguradora que, em caso de aceite, emitirá endosso para que a grandeza segurada ou lapso de validade seja, da mesma forma, alterada. Na hipótese de denegação, os dados poderão ser substituídos, mas implicarão na não cobertura securitária das informações que ultrapassem o previamente acordado.

Quanto ao contrato de contragarantias, tal como na estrutura dos Estados Unidos, há permissão plena pela Circular nº477, art. 21, caput e parágrafo único, para sua realização entre o tomador e a seguradora, podendo ser livremente pactuado sem a aprovação da Susep, desde que não interfira no direito do segurado. O seu caráter é também subsidiário, devendo ser acionado pela seguradora apenas se o pagamento não ocorrer espontaneamente nos prazos estipulados durante a vigência da apólice.

Ademais, há igual destaque para a caracterização do sinistro, que depende intrinsecamente de ato do segurado. Pela norma da Susep, item 7 do ramo 0775, logo após a ciência do fato de inadimplemento, o segurado deverá notificar o tomador extrajudicialmente, “indicando claramente os itens não cumpridos e concedendo-lhe prazo para regularização da inadimplência apontada, remetendo cópia da notificação para a seguradora, com o fito de comunicar e registrar a Expectativa de Sinistro”.

Posteriormente, transcorrido o prazo para a regularização da inadimplência, e mantida a inércia do contratado, o segurado enviará comunicado à seguradora, convertendo a Expectativa de Sinistro em Reclamação, que oficializará a data do ocorrido. Se porventura a Reclamação não for oficializada, a Expectativa do Sinistro se tornará sem efeito.

Recebida a reclamação, após análise da documentação, a seguradora poderá ter posicionamento em duas direções: a) comprovar a inadimplência do tomador, caracterizando o sinistro e emitindo o relatório final de regulação – momento a partir do qual cumprirá a obrigação descrita na apólice e, após sua execução, “sub-rogar-se-á nos direitos e privilégios do segurado contra o tomador, ou contra terceiros cujos atos ou fatos tenham dado causa ao sinistro”; b) concluir pela não caracterização do sinistro de forma justificada e por comunicação formal, modo pelo qual irá denegar a indenização aos segurado.

Essa indenização prevista na apólice do seguro-garantia o aproxima muito do *performance bond*, visto que pode ser realizada de duas formas: pela continuidade das obras do contrato principal, por meio de terceiros e sob sua integral responsabilidade – o chamado *step*

in; ou pelo pagamento em dinheiro que compense os prejuízos causados pela inadimplência, desde que cobertos pela apólice.

Todavia, distanciando-se dos Estados Unidos, a Circular n°477 é minuciosa e em seu item 11 do ramo mencionado supra, prevê hipóteses nas quais o segurado não mais irá fazer jus à indenização. São elas:

- I - Casos fortuitos ou de força maior, nos termos do Código Civil Brasileiro;
- II - Descumprimento das obrigações do tomador decorrente de atos ou fatos de responsabilidade do segurado;
- III - Alteração das obrigações contratuais garantidas por esta apólice, que tenham sido acordadas entre segurado e tomador, sem prévia anuência da seguradora;
- IV - Atos ilícitos dolosos ou por culpa grave equiparável ao dolo praticados pelo segurado, beneficiário ou por seu representante legal, de um ou de outro. Quando o segurado for pessoa jurídica, este inciso aplica-se, também, aos sócios controladores, aos seus dirigentes e administradores legais do segurado e aos respectivos representantes legais;
- V - o segurado não cumprir integralmente quaisquer obrigações previstas no contrato de seguro;
- VI - Se o segurado ou seu representante legal fizer declarações inexatas ou omitir de má-fé circunstâncias de seu conhecimento que configurem agravação de risco de inadimplência do tomador ou que possam influenciar na aceitação da proposta;
- VII - Se o segurado agravar intencionalmente o risco.

De modo resumido, as similaridades são profundas entre os moldes brasileiros e norte-americanos, dado que o seguro-garantia constitui relação tripartite entre o tomador, seguradora e segurado, com as mesmas formas de ligação entre os integrantes: contrato principal, apólice e contrato de contragarantias. A garantia, de mesmo modo, possui caráter subsidiário frente à obrigação principal, somente sendo ativada em caso de seu inadimplemento. Para mais, há igual contenção à assunção de riscos pela seguradora, que possui o contrato de contragarantias como sua salvaguarda.

Apesar de suas similitudes, há grande limitação à sua aplicação nacional quando balizada por entraves legislativos, mais especificamente os dispostos pela Lei de Licitações – Lei n°8.666 de 1993.

5.3 Seguro-garantia nas Leis n° 8.666 de 1993 e n°14.133 de 2021

Ab initio, frisa-se que existem distinções relevantes entre o seguro-garantia regido pela norma a ser aqui abrangida e aquele da Circular n° 477 da Susep – Modalidade II: seguro-garantia para construção, fornecimento ou prestação de serviços. Isso ocorre porque o dispositivo da Susep tende a objetivar o respaldo do credor perante o descumprimento contratual do tomador. Logo, seu foco está na garantia do adimplemento da obrigação propriamente dita.

A Lei de Licitações, por outro lado, segue linha diversa e abre margem de seguro mais ampla, fugindo da natureza exclusivamente fidejussória proposta pela Susep. Nessa linha, o art. 56 da Lei nº 8.666/93, apenas enumera o seguro-garantia como uma das três opções de garantia nas contratações públicas, conjuntamente com o caução em dinheiro, ou em títulos da dívida pública, e a fiança bancária. Destaca-se: a opção por exigir garantia é de competência do contratante, mas a escolha de qual garantia utilizar cabe diretamente ao contratado, nos termos do art. 56, *caput* e parágrafo 1º da Lei.

Na prática, o seguro dessa norma possui caráter binário: enquanto objetiva a criação de uma reserva de capital que amortize parte dos prejuízos sofrido pela Administração Pública em face do descumprimento contratual, incluindo as indenizações a ele inerentes, ao mesmo tempo, também busca a imposição, ao contratado, de penalidade financeira pelo fato inadimplido. Para tanto, o art. 80, inciso III, da lei licitatória, prevê que nos casos de rescisão unilateral do Poder Público, o contratado estará atrelado à “execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos”.

Pelo contexto, tem-se como essencial que se compreenda quais os casos que ensejam a possibilidade de rescisão unilateral, e por consequência, acionamento do direito à garantia. Estão, eles, expostos no art. 78 do diploma aqui estudado:

- Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
- I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
 - II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
 - III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
 - IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
 - V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
 - VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
 - VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
 - VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1o do art. 67 desta Lei;
 - IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
 - X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
 - XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
 - XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;
- [...]
- XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Percebe-se, aqui, confronto direto entre a Circular nº 477 e dado artigo, visto que este prevê casos fortuitos e de forças maiores como ensejos para a rescisão unilateral pela Administração Pública e consequente acionamento da garantia – art. 78, inciso XVII -, enquanto aquele entende o mesmo cenário como motivo de perda direito ao seguro - Ramo 0775, Capítulo 1, item 11, inciso I. Tal antinomia direta perfaz o exemplo perfeito da dissimilitudes entres os instrumentos que fundamentam o dispositivo no Brasil.

Contudo, para além de tais divergências, a Lei nº 8.666/1993 constitui o respaldo legal de maior relevância no ordenamento nacional, devendo ser esmiuçada com maior afinco. Desse modo, quando se fala dos três tipos de garantia previstos, passa-se, desde já, a mencionar que o instituto poderá se manifestar contratualmente tanto como uma garantia real – por dinheiro ou títulos -, quanto fidejussória – por fiança bancária ou seguro-garantia -, cabendo ao contratado escolher qual será a forma apresentada.

Por outro lado, a liberdade do contratado possui limites no que tange ao momento de sua exigência, sendo requerida pela Administração Pública desde a assinatura do diploma, como requisito para sua validação

Nesse instante, surge separação entre as garantias reais e as fidejussórias, visto que, no caução, haverá depósito exigível a partir da assinatura, cuja monta será retida em caso de inadimplemento ou restituída com atualizações monetárias perante o fiel cumprimento contratual. As espécies fidejussórias, de outro modo, garantem o direito ao crédito do titular desde a assinatura, mas o contratante somente procederá à apropriação concreta após a ocorrência de um dos fatos ensejadores de rescisão unilateral supracitados - o depósito só será efetuado concretamente após a execução da garantia.

Nesse rito distinto, também se encontra diferença crucial com o praticado pela Susep: ora, se há débito em aberto desde a assinatura, a seguradora não possui espaço algum para aferir a ocorrência do sinistro - inexistente prerrogativa para a constatação de direito factual ao prêmio por parte do segurado. De fato, por se tratar de relação que envolva ente público e sua prerrogativa de contar com cláusulas abusivas, a empresa garantidora deverá adimplir com o montante, desde o requerimento estatal, sem análise de demais circunstâncias.

Essa característica faz David Raick (2018, p. 99) entender o seguro-garantia como uma fidejussão propriamente dita, ou “garantia da garantia”:

No entanto, crê-se que tal seguro-garantia, e também por consequência a fiança bancária, permitidas como garantias possíveis em contratos públicos nos termos da Lei 8.666, de 1993, em vista da regulamentação única e especial para ambos os institutos na referida Lei, não só se apresentam de fato como garantias fidejussórias, mas acabam também por apresentar caráter autônomo da fidejussão prestada,

justamente porque, conforme foi a exposto não há a possibilidade do garante se abster de pagar alegando exceções relativas tanto em função da relação jurídica que estabelece com o terceiro (exceções que competem ao devedor-tomador), quanto da relação de base cujo inadimplemento lhe importará a obrigação de pagamento da garantia, o que demonstra os dois institutos da forma disposta na Lei nº 8.666, de 1993, aproximam-se de um contrato autônomo de garantia à primeira solicitação.

Assim, relembra-se: não apenas seu caráter de caução distancia o seguro-garantia na Lei nº 8.666/1993 do real intuito do *performance bond*, mas também seu irrisório teto de cobertura, conferido a todas as três espécies, de 5% do valor do contrato ou, excepcionalmente, de 10% para obras, serviços e fornecimento de grande vulto, nos termos do art. 56, parágrafos 2º e 3º, respectivamente.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133 de 2021 - tenta apresentar avanço nesse aspecto da porcentagem máxima. Em verdade, o novo instrumento é consideravelmente mais cauteloso do que seu antecessor, passando a conceituar diretamente o instituto e ampliar o rol de parâmetros a serem observados:

Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I – o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

II – o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

Enfatiza-se, ademais, que o art. 97 fundamenta o prazo de vigência do seguro-garantia igual, ou superior, ao do contrato principal, permanecendo em vigor mesmo que o tomador não pague o prêmio à seguradora nas datas convencionadas.

Quanto ao teto máximo, o art. 98 da *novatio legis* mantém os 5% de limite como regra, mas possibilita a adoção de 10% mediante justificativa dos riscos envolvidos e da complexidade atípica, sem que haja seu condicionamento ao “grande vulto” como no instrumento de 1993. As obras com tal natureza portentosa, inclusive, podem contar agora com uma cobertura de até 30% do valor do contrato e, principalmente, abranger cláusula de retomada – *step in* -, pela qual a seguradora irá assumir a execução e concluir o objeto do contrato.

Abre-se oportunidade aqui para abordar o art. 102 da norma que se refere exatamente à cláusula de retomada nas contratações de obras e serviços de engenharia, marco essencial de aproximação com a estrutura estadunidense e sua real direção ao melhor interesse público. O inciso I do dispositivo prenuncia que a seguradora, ao assumir a execução, deverá participar do contrato e seus aditivos como interveniente anuente, podendo ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal, acompanhar a sua execução, ter acesso a auditoria técnica e contábil, bem como requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento.

Ademais, ainda no mesmo artigo, a Lei nº 14.133/2021 permite que a seguradora subcontrate a conclusão do contrato, total ou parcialmente – inciso III – e emita empenho em seu nome ou a quem indicar para o adimplemento do contrato, desde que demonstrada sua regularidade fiscal – inciso II. Por fim, o parágrafo único, do art. 102, entende que, caso a seguradora opte pela conclusão do objeto, estará isenta de pagar o montante previsto no prêmio, mas, caso não assuma a retomada, continuará obrigada ao pagamento da quantia segurada.

Porém, pelo impasse da cobertura limitada em 30% do valor dos contratos, ainda que simbolize progresso no setor securitário brasileiro, a previsão desse *step in* nacional aparenta amargar, desde agora, subsidiariedade extrema às outras formas de atuação da empresa garantidora.

O fato principal que enseja a continuidade do objeto nos Estados Unidos é o seguro em proporções altas da grandeza recebida pelo tomador. Assim, no Brasil, seria a porcentagem de 30% suficientemente alta para que a seguradora visse custo-benefício na execução da obra, em vez de optar pelo pagamento do prêmio? Em regra, a resposta aparenta ser negativa.

O novo diploma entendeu o papel de protagonismo que o seguro-garantia pode possuir no país, delegando maior detalhamento do instituto às suas disposições. Em vista disso, claro que se auferirá aumento futuro de sua utilização, principalmente após a revogação da Lei nº 8.666 em abril de 2023 e vigência única do instrumento mais recente, conforme o art. 193, inciso II, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ainda assim, mencionado progresso não deve camuflar o longo caminho a ser percorrido para afastamento de seu caráter hodierno de caução e aproximação do papel de garantia ao adimplemento integral do objeto.

5.4 Aplicação do seguro-garantia como instrumento de influência na performance dos contratos de saneamento básico

Com a ascensão da Lei nº 14.026/2020, conforme explanado, a atração da iniciativa privada se apresenta como pilar principiológico para a efetividade da universalização do saneamento básico. Nada obstante, em que pese a compreensão da imprescindibilidade dessa inserção, há de se fazer ressalva quanto à exigência da não repetição do reprovável cenário hodierno nas obras públicas.

Em vista disso, remete-se, por mais uma vez, ao Projeto de Lei nº 4.162/2019 (p. 26) cujo teor demonstra que somente no setor, de 2007 a 2019, 160 contratos foram cancelados, totalizando o valor de 3,5 bilhões de reais. A razão apontada pelo PL foi a de que “os Estados e as concessionárias públicas não conseguiram executar os empreendimentos previstos, basicamente obras de saneamento ou elaboração de projetos executivos de engenharia”.

Apesar do foco da dissertação no saneamento, frisa-se que o histórico de prejuízos sofridos pelo erário, na área de obras como um todo, é denso e profundo: em 2018, o Tribunal de Contas da União – TCU (2019, p. 51), realizou auditoria especial, examinando mais de 38 mil contratos de obras financiadas com recursos da União e, de acordo com o próprio acórdão, “os números são assustadores. Das 38 mil obras levantadas, mais de 14 mil delas estão paralisadas. [...] Em termos de recursos, são ao menos R\$ 10 bilhões já aplicados sem que tenha sido gerado benefício à população”.

Em resumo, 37,5% das obras analisadas estão paradas. O TCU, em seu parecer, aponta como principais causas para esse panorama as falhas de projetos apresentados de forma deficiente e incompleta, a insuficiência de recursos financeiros por parte dos tomadores no adimplemento da contrapartida, a insuficiência dos mecanismos de gestão do cronograma das obras, a incapacidade de aferição precisa do poder financeiro do ente tomador e a “disparidade entre os requisitos e procedimentos exigidos pela União e a capacidade institucional dos entes subnacionais”.

Nessa linha, em estudo sobre o ano de 2013, a Confederação Nacional da Indústria – CNI – (2014, p. 9), analisou seis obras: o aeroporto de Vitória, o projeto de esgotamento sanitário da bacia do Cocó, em Fortaleza, o projeto de transposição do rio São Francisco, a ferrovia de integração Oeste-Leste, na Bahia, o trecho da BR-101 no sul de Santa Catarina e as linhas de transmissão ligando as usinas hidrelétricas do rio Madeira ao sistema interligado nacional. Apenas por tais casos, o CNI estima que os atrasos e paralisações teriam custado 28

bilhões de reais aos cofres públicos até o momento de divulgação da pesquisa, o “suficiente para a construção de 466 mil casas populares”.

A realidade estadunidense, em contrapartida, está distante de um escoamento de capital infrutífero. Em verdade, os números demonstram uma taxa irrisória de inércia das tomadoras. De 2007 a 2009, Lorena Myers (2009, p. 36) levantou dados dos contratos de obras públicas em 30 estados dos Estados Unidos, concluindo que a taxa de inadimplementos dos instrumentos no período foi, em média, de 0.19%: Alabama - 1,11%; Alaska – 0%; Arizona – 0%; Arkansas – 0%; Califórnia – 0%; Colorado – 0%; Connecticut – 0%; Delaware – 0%; Georgia – 3,7%; Hawaii – 0%; Idaho - 1,06%; Illinois – 0%; Iowa – 0%; Kansas – 0%; Maine – 0%; Michigan – 0%; Minnessota – 0%; Mississippi – 0,51%; Montana – 0%; Nova Jersey – 0%; Novo México – 0% - Nova Iorque – 0%; Ohio – 0%; Carolina do Sul – 0,88%; Dakota do Sul – 0%; Texas – 0,075%; Washington – 0%; West Virginia – 0%; Wisconsin – 0%; e Wyoming – 0%.

Claro que a busca pela universalização do abastecimento de água e do tratamento de esgoto implica no atingimento de indicadores, ainda que não tão baixos quanto os do parágrafo anterior, intensamente inferiores aos atuais. A diferença brutal entre as estatísticas de ambos os países é igualmente encontrada na estrutura de suas contratações, com foco principal na incidência do *performance bond* para o efetivo cumprimento obrigacional.

Com uma estrutura extremamente semelhante ao seu congênera norte-americano, indaga-se sobre qual seria a óbice para que o seguro-garantia brasileiro tenha a mesma efetividade em solo pátrio que seu instituto análogo possui em terras estrangeiras. A busca por tais respostas possibilitaria não só uma melhoria ampla na execução concreta das obras públicas, mas, principalmente, na universalização do saneamento básico frente às metas impostas aos prestadores de seus serviços.

Ante o exposto no subcapítulo 5.3., a primeira razão aparente para essa ineficiência do modelo nacional, resta óbvia. O baixo valor máximo de cobertura se apresenta diretamente contrário ao intuito de hiperonerar o tomador em caso de descumprimento contratual. Ainda que alçada à grandeza de 30% após a vigência da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o baixo percentual apenas reforça a coadjuvância do seguro-garantia no ordenamento pátrio, sem que se possibilite um ressarcimento aceitável ao erário ou a retomada das obras pela seguradora, que obviamente preferirá pagar a débil monta devida.

Na busca por lucro, o pagamento de qualquer porcentagem prevista contemporaneamente, seja ela 5%, 10% ou 30%, é muito mais vantajoso à seguradora do que prosseguir com a obra, com seus enredamentos técnicos típicos da área.

Deve-se frisar que esse aspecto semelhante ao caráter de “multa indenizatória” inexistente no *performance bond*. Nos Estados Unidos, as legislações estaduais internas preveem não um máximo, mas sim um mínimo de cobertura obrigatória: 66% dos estados exigem seguro de, ao menos, 100% da cifra contratual, enquanto outros 20% dos demais entes demandam incidência mínima da garantia entre 50% e 99%. Em resumo, 86% dos estados norte-americanos obrigam seus contratos públicos a terem pelo menos 50% de sua quantia segurada.

Pela óptica do exterior, o seguro-garantia, na prática, mais se aproximaria de um *penalty bond* – garantia de um montante no caso de sinistro, sem que seja abarcado o próprio adimplemento contratual - do que um *performance bond* de fato. Por esse raciocínio, David Raick (2009, p. 103) conclui:

Como foi visto anteriormente, a limitação da garantia para, no máximo, 10% do valor do contrato impôs ao seguro-garantia um caráter de *penalty bond* ao invés de um verdadeiro *performance bond*, à medida que acabam por não garantir o adimplemento do contrato, mas apenas o pagamento de uma quantia pequena de recursos no caso de inadimplemento do devedor da obrigação, os quais apenas servem para garantir, no máximo, o pagamento de multas e penalidades porventura impostas pelo inadimplemento do devedor contratado. Em vista do baixo valor da garantia, o seguro-garantia não reforça o empenho das partes de cumprimento da dívida, mas apenas assegura o pagamento de um valor baixo, muito menor que os custos incorridos pela sociedade como um todo por causa da inadimplência.

Conforme consta em item 5.2., após a promulgação da Constituição Cidadã, houve tentativa de adoção da garantia de 100% no ordenamento nacional por edição da Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 1993. Entretanto, ocorreu veto presidencial em face das razões apontadas pelo, à época, Ministro da Justiça Maurício Corrêa (BRASIL, 1993b, p. 8281), nos seguintes termos:

Sugere-se, entretanto, veto ao § 1º, inciso II e §3º do art. 56, porque o seguro garantia ou "performance bond", como é conhecido e aplicado em alguns países do mundo, pretende proteger o contratante contra licitações irresponsáveis ou colhidos por infortúnios. Todavia, tal como foi introduzido no Projeto de Lei, o seguro-garantia pode comprometer a democratização e a lisura das licitações, tendo em vista que:

- 1 - Não existe qualquer critério objetivo para orientar o administrador público na fixação do valor da cobertura;
- 2 - Não há estabelecimento de limite para sua exigência, o que permite uma indesejável e perigosa limitação, pelos agentes da Administração Pública, do universo de possíveis licitantes, através da fixação arbitrária do montante exigido, segundo sua conveniência subjetiva;
- 3 - A legislação sobre o assunto exige que as empresas a serem seguradas estejam cadastradas no Instituto de Resseguros do Brasil - IRB, que estabelece por cadastro o limite máxima de concessão de seguro-garantia por empresa, ensejando o conhecimento prévio daquelas empresas que ainda podem atender às exigências de seguro constantes no Edital. Este fato facilitaria a composição de negociações indesejáveis que poderiam comprometer o caráter competitivo das licitações;
- 4 - Favorece as grandes empreiteiras, visto a sistemática das seguradoras para estabelecer o limite técnico de cobertura dos riscos é baseada no valor do patrimônio líquido da empresa vencedora da licitação.

À grosso modo, dados argumentos permanecem os mesmos até a atualidade para aqueles que resistem ao conceito de um seguro-garantia nos moldes do *performance bond*, mas demonstram desconhecimento da realidade que permeia ambos os países. Em primeiro lugar, porque as estatísticas estadunidenses apresentam os benefícios de um alto patamar de garantias. Por simples análise do sistema estrangeiro, tem-se um critério objetivo para orientação do administrador público na fixação do valor da cobertura: como explicitado em item 5.1., uma porcentagem nos moldes norte-americanos será vantajosa quando os custos de transação da relação tripartite forem menores que os ganhos advindos da transferência parcial das despesas de monitoramento e diluição de riscos, seja ela por pagamento ou continuidade da execução. O critério é matemático e, se equacionado caso a caso, compreende a lacuna requerida pelo ponto 1.

Quanto aos demais pontos, deve-se enfatizar que o cadastro dos possíveis licitantes no Instituto Brasileiro de Resseguros – IRB - não se atrela ao conhecimento prévio das empresas habilitadas. O mercado securitário brasileiro é livre e autônomo, oportunizando que tomadores e seguradoras busquem as melhores condições próprias à sua saúde financeira. Logo, a empresa garantidora possui independência para assegurar quantos competidores do certame preferir. Não haveria restrição da competição, mas sim uma disputa paralela entre as participantes, prévia ao Edital, pela conquista das melhores circunstâncias de seguros.

Da mesma forma, o beneficiamento de grandes empreiteiras não encontra respaldo na lógica aqui defendida. Como ressaltado pelas próprias razões de veto acima transcritas, o IRB estabelece um limite máximo de concessão de seguros-garantia por empresa cadastrada. Tal processo preveria a aferição das balizas econômicas, técnicas e financeiras da tomadora toda vez que houvesse solicitação de nova apólice para certame público, impondo verdadeira fronteira às contratações desenfreadas das portentosas empreiteiras.

Em suma, concebe-se que a imposição de requisitos adicionais para a concessão securitária não deve ser encarada como restrição da competitividade na licitação, mas sim como uma ferramenta para uma maior isonomia e qualificação de seus participantes.

Como a monografia em questão tem como escopo serviço essencial, distinto das demais atividades econômicas nacionais, afirma-se, desde já, que se faz imprescindível a majoração do teto admitido pela legislação pátria, mais especificamente pelos arts. 98 e 99 da Lei nº14.133/2021, para garantias de até 100% do valor do contrato, fator que propiciaria segurança ímpar para os instrumentos de saneamento básico em direção à efetividade de sua expansão sistemática.

As construções e serviços referentes ao saneamento básico, por se revestirem de requisitos principiologicos e limitações normativas de atuação, típicos da esfera pública, possuem maior custo agregado em suas contratações. Destarte, a preocupação com a efetividade dos gastos deve ser norteadora no procedimento, não só em nome do erário, mas principalmente pelo custo social que seus inadimplementos ou atrasos representam aos beneficiários finais. Resumidamente, o correto empenho dos recursos em concessões dos serviços de saneamento não se circunscreve apenas ao valor do instrumento, mas nas dificuldades que suas irregularidades representam aos âmbitos sociais e macroeconômicos do Brasil.

Um limite de cobertura para o seguro-garantia em até 30%, como o faz ordenamento vigente, não contribui para o adimplemento dos serviços de ampliação das estruturas sanitárias. Urge, desse modo, a necessidade para que o foco seja na retomada da execução pela seguradora e, por consequência, na intermitência dos esforços estatais em promover o tratamento de esgoto e o abastecimento hídrico. A precariedade contemporânea do campo não admite paralisações, e o pagamento ao segurado em 30% do acordado não auxilia diretamente no progresso de se levar o básico, concretamente, às regiões hipossuficientes do país.

Claro que, para além do aumento de teto na Lei nº 14.133/2021, a maior incidência do uso do seguro-garantia na área requer alterações legislativas amplas, mais especificamente duas.

A primeira, com vistas à unificação das divergências entre o rito da Circular Susep nº 477/2013 e o seguro-garantia precariamente previsto nas Leis nº 8.666/1993 e nº 14.133/2021, de forma que se modulem as cláusulas abusivas praticadas por força do diploma de 1993, garantindo-se à seguradora, poder de decisão acerca da constatação de sinistro concreto e extinguindo-se a possibilidade de transferência imediata do prêmio ao ente público, sem que baste seu mero requerimento.

O que se propõe aqui é a positivação do procedimento da Circular ao bojo normativo das Leis nº 8.666/1993 e nº 14.133/2021. O procedimento transparente de tomadas de decisão pelas seguradoras aparenta ser ideal para a aplicação ao seguro-garantia dos instrumentos em questão, a transparência e maior detalhamento do processo de aferimento da ocorrência de sinistros atrairia a iniciativa privada, que não possui interesse em arcar com cláusulas abusivas favoráveis ao Poder Público, e garantiria maior segurança jurídica a todos os envolvidos na assinatura das apólices. Caso as previsões atuais sejam mantidas, a atração de novas seguradoras ao mercado irá diminuir e o seguro-garantia continuará distante de suas possíveis contribuições ao saneamento básico como “*performance bond* brasileiro”.

Por fim, como o intuito do presente tópico é a análise de aplicabilidade do instituto no saneamento básico nacional, em consideração às particularidades e urgências do setor, a segunda alteração legislativa indispensável, é a premência da cobertura securitária obrigatória para, ao menos, 100% do valor do contrato principal. Os instrumentos bilaterais da área são naturalmente vultuosos, porém com o advento da Lei nº 14.026/2020, o incentivo à prestação regionalizada dos serviços e a atração da iniciativa privada, as cifras envolvidas serão ainda mais descomunais, sem que seja possível abrir margem para atrasos e inadimplementos, com ônus ao capital econômico e social do Estado.

A partir das remodulações contratuais, pós-2020, e o provável aumento dos investimentos privados, a inserção de um seguro-garantia de monta integral é coerente com a total falta de espaços para descumprimentos contratuais que a atipicidade da área requer.

O saneamento básico é natural e historicamente deficitário no Brasil, os intentos legislativos para sua universalização, ainda que progressivos, não obtiveram sucesso completo. O panorama exige o emprego de todas as ferramentas possíveis para que o direito fundamental mínimo das áreas ainda carentes seja concretizado. O que esta monografia propõe é apenas a expansão de um instituto plenamente aplicável ao campo e, inclusive, incentivado quando se compara os diplomas licitatórios de 1993 e 2021.

Antes o exposto, resta certo que as alterações legislativas propostas garantiriam não só a aproximação da efetividade do seguro-garantia à de seu congênere originador, mas, precipuamente, gerariam mudança de patamar perene no cenário sanitário brasileiro.

6 CONCLUSÃO

A realidade do abastecimento hídrico e do esgotamento sanitário no Brasil é reiteradamente relapsa às áreas afastadas de grandes conglomerados urbanos ou com hipossuficiência financeira, gerando uma desigualdade espacial coerente com as disparidades sociais da nação. Tal afirmativa vai ao encontro da subsidiariedade da área como prioridade governamental: o setor foi visto como autônomo apenas em 1971, com o Plano Nacional de Saneamento, no Regime Militar.

Na tentativa de centralização das decisões tomadas pelos entes federativos, o PLANASA levantou as primeiras estatísticas públicas sobre o tema, possibilitando compreender a complexidade de se pensar em uma universalização dos serviços. Por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento – BNH –, o governo federal passou a vincular recursos ao aprimoramento técnico e à expansão das estruturas no âmbito estadual. Dado estímulo ocorria por empréstimos que tinham como requisitos de concessão o empenho na universalização do sistema, no atendimento à integralidade de seus municípios, na acessibilidade das tarifas cobradas, dentre outros.

A concepção teve, por óbvio, proveitos e infortúnios no país: se, por um lado, o saneamento passou a ser, pela primeira vez, objeto central de pautas legislativas, sociais e midiáticas, com progressões concretas consideráveis. Por outro, as atividades da esfera foram construídas com profunda dependência da iniciativa pública, aqui representada pelas Companhias Estaduais de Saneamento Básico, ficando restrito a um conceito de saneamento muito mais próximo ao abastecimento de água do que ao esgotamento.

Com o fim do Plano, em 1991, houve longo vácuo institucional sobre o tema, o que possibilitou que os contratos da década de 1970, após vencidos, fossem renovados ou reformulados com alto grau de arbitrariedade pelos municípios titulares.

A Constituição Federal de 1988, todavia, deu novo fôlego à organização federativa do saneamento básico no Brasil: entendeu-se o saneamento básico como pilar inerente da saúde pública e, por conseguinte, como direito fundamental tácito, separaram-se as competências relativas à União – edição de normas gerais que condicionem a atuação dos entes -, aos estados – instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, facilitando a gestão compartilhada do setor – e municípios – executar os serviços como seu titular.

A inércia estatal, entretanto, foi suprida concretamente apenas em 2007, com o advento da Lei nº 11.445, popularmente conhecida como Marco Regulatório do Saneamento Básico. Tal fato representou o início da integração como princípio norteador de um conceito plural de

saneamento que entende suas funções heterogêneas em promover um ambiente salubre de inserção humana. Quanto ao prisma contratual, a norma buscou uma maior unificação dos instrumentos de delegação, restringindo-os aos contratos, com maior ênfase aos de programa e concessão. Não obstante, a norma de 2007 também mostrou empenho na superação da insuficiência dos recursos públicos para atingimento da universalização de forma célere. Para tanto, abriu margem para combate ao monopólios das CESBs e atração de capital privado.

O terreno frutífero deixado pela Lei nº11.445/2007 se desenrolou no Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB - que passou a visar a universalização dos serviços até 2033. Em contrapartida, os investimento públicos anuais se mostravam ínfimos perante as estimativas para a concretização de tal objetivo.

Em face das evoluções legais conquistadas, mas permanência da heterogeneidade contratual, do monopólio público na área e das dificuldades em viabilizar a universalização economicamente, foi promulgada, em 2020, a Lei nº 14.026, que reformou o diploma de 2007, tendo como principais balizas: a prestação regionalizada, a limitação das espécies de delegação aos contratos de concessão e, por mais uma vez, a expansão da atuação privada para o cumprimento de metas.

Perante essa nova realidade que se anuncia, surge a indispensabilidade de se garantir uma relação contratual saudável aos seus signatários, mas, principalmente, eficiente aos usuários dos serviços. O instituto que, pelo dados levantados, demonstra adequar-se melhor a tais requisitos é o *performance bond* da legislação estadunidense, dispositivo que garante, ao contratante, o adimplemento do objeto pelo tomador.

Dada segurança é conquistada pela transmutação da relação contratual comum em uma vinculação tripartite, envolvendo uma seguradora que firmará, com o contratante principal, contrato de apólice de seguros, e com o tomador, contrato de contragarantias. Dessa maneira, em caso de inadimplemento, o segurado receberá imediatamente o valor do prêmio acordado ou terá a continuidade de seu objeto contratual realizado em nome da própria seguradora que, por sua vez, sub-roga-se dos direitos de contratante e exige, do antigo tomador, a restituição de seu prêmio – opção denominada *step in*.

No Brasil, tal instituto não existe, mas, em contrapartida, há espécie congênere estruturalmente similar: o seguro-garantia, previsto pela Circular Susep nº477 e pelas Leis nº 8.666/1993 e nº14.133/2021. Por ele, a tripartição permanece a mesma, consubstanciando a possibilidade de garantia do segurado por um terceiro polo, mas suas implicações concretas são acentuadamente distintas de seu originador estrangeiro. Em primeiro lugar, a Circular Susep nº 477 detalha o procedimento de aferição da ocorrência concreta de sinistro por parte da

seguradora, o que não é praticado no âmbito das leis supracitadas, visto que os contratos administrativos contam com cláusulas abusivas que concedem, ao Poder Público, direito ao prêmio perante a mera declaração de sinistro e conseqüente requisição, aproximando o instituto garantidor de um tipo de caução. Para mais, o seguro-garantia possui caráter opcional no Brasil, enquanto nos Estados Unidos sua utilização é obrigatória a todos os contratos de obras públicas. A mais relevante dissemelhança, por fim, diz respeito ao baixo teto de cobertura máxima das apólices que, apenas em casos de obras de grande complexidade, poderá ser majorado ao seu extremo legalmente previsto de 30% do valor contratual.

Dada porcentagem ínfima é discrepante com o usualmente praticado pelos cinquenta estados norte-americanos, dos quais 86% exigem seguro mínimo de 50% da cifra contratual, sem que se fale em um máximo como ocorre no Brasil. Logo, os limites constantes na legislação brasileira impossibilitam a ocorrência do *step in* por parte da seguradora, que sempre preferirá pagar o montante devido em, no máximo, 30% a dar continuidade à obra na condição de subrogada dos direitos e deveres do outrora segurado.

Assim, a conclusão a ser apontada não poderia ser outra: ainda que ambos os institutos compartilhem de um mesmo sistema com três polos e espécies contratuais similares, o intuito do seguro-garantia não preserva o historicamente abrangido pelo *performance bond*, qual seja, o adimplemento contratual para proteção de seu capital social e manutenção da supremacia do interesse público.

Em suma, a universalização do saneamento básico só será possível caso o maciço histórico de inadimplemento das obras públicas brasileiras for convertido para uma margem mínima de descumprimento. Para tanto, todos os mecanismos possíveis deverão ser direcionados às especificidades e imprescindibilidade do setor. Surge, portanto, a imprescindibilidade de aproximar o seguro-garantia da eficácia concreta do *performance bond*, adequando-o aos vultuosos números derivados da prestação regionalizada e da atração de capital privado.

A saída para tal cenário tem vazão em propostas de alterações legislativas. Há, de fato, premência pela unificação das Leis n° 8.666/1993 e n°14.133/2021 à Circular Susep n°477, de modo que o procedimento de celebração do seguro seja detalhado legalmente, mas, principalmente, para que seja delegada à seguradora a aferição da ocorrência efetiva do sinistro. Da mesma forma, pelas razões elencadas, torna-se inviável a manutenção de um limite de apólices em 30%, visto que, além de não assegurar a integralidade de danos ao erário, inviabiliza a ocorrência do *step in*, preservando o não beneficiamento populacional e anulando o capital social de sua continuidade. A presente conclusão, assim sendo, defende a majoração

desse teto para 100% da monta contratual, não apenas por uma lógica financeira, como também pela busca ao atendimento do interesse público.

Por fim, considerando o recorte temático aplicado e a primordialidade de sua execução, não haveria sentido na conservação do seguro-garantia como figura opcional nos contratos de saneamento básico. A Lei nº 11.445/2007 deve abarcar a incidência do instituto como condição obrigatória para a celebração das concessões de seus serviços. Aqui, a cobertura deverá ser distinta das demais esferas, não se admitindo a possibilidade de asseguração menor que 100% do porte total, para que, acima de tudo, a continuidade da execução pela seguradora seja estimulada.

Deve-se conferir ao seguro-garantia a condição de protagonista das garantias dos contratos de saneamento básico, aproximando-o da efetividade do *performance bond* e resguardando-se, enfim, a incolumidade da saúde populacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABCON e KPMG. **Quanto custa universalizar o saneamento no Brasil?** – São Paulo: 2020, p. 3.

ARAÚJO, Ricardo Guilherme de. **A Transição Institucional do Setor de Saneamento e a Questão Metropolitana.** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo. p. 31-32.

ASSIS, Araken de. **Resolução de contrato por inadimplemento.** 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

ATAÍDE, Daniel Medina. **A garantia autônoma e a fiança:** distinções e divergências. Aracaju: Ciclo, jul. 2007, p. 5.

BECKMAN, Theodore N. **Credits and collections.** Management and theory. New York:

BELTRÁN, Pedro Aguilar e ANTILLÓN, Juliana Gudiño. **Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas,** Madrid: Fundación MAPFRE, 2011.

BNH. **Planasa: aplicações e resultados,** Rio de Janeiro, BNH, 1985.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.162,** de 02 de agosto de 2019. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. **Circular SUSEP nº477.** Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 de set. de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 11.445.** Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de jan. de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 21 de jul. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026.** Atualiza o marco legal do saneamento básico. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de jul. de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14026.htm>. Acesso em: 15 de fev. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º de abril de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 15 de jul. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666**. 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, DF, 21 de jun. de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 15 de fev. de 2021.

BRASIL. **Mensagem de Veto nº 335**, de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993, seção 1, p. 8281. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-veto-24420-pl.html> Acesso em: 21 de ago. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB** agosto 2008. Disponível em: <http://www.abm.org.br/PLANSAB.pdf>. Acesso em 13 jul. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: **25º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2019**. Brasília: SNS/MDR, 2020, p. 58.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: **24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2018**. Brasília: SNS/MDR, 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2017**. Brasília: SNS/MDR, 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional TC 011.196/2018-1**. Órgão: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/outros-documentos/acordao-tcu-1079-2019>>. Acesso em: 24 de julho de 2021.

BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de seguro: o seguro garantia de obrigações contratuais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAMPOS, Rodrigo Pinto de. **Saneamento Básico como Serviço Público na Constituição Federal de 1988**. In: Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07 – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **Saneamento Básico como Serviço Público na Constituição Federal de 1988**. In: Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal n 11.445/07 – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARVALHOSA, Modesto. **Performance bonds: quebra de interlocução direta entre agentes públicos e privados na execução de contratos administrativos**. In: PASTORE, Affonso Celso (org.). *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

CNI - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Infraestrutura: o custo do atraso e as reformas necessárias**. Brasília: CNI, 2014.

COSTA, Nilton do Rosário. **Política Pública, Ambiente e Qualidade de Vida: revisitando o PLANASA**. Revista da Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 31- 39, 1991.

CURTIN, John. **A Basic Guide to Surety Bonds**. Engineering Times. San Francisco, p. 21-22, junho, 2002.

FACHETTI, Gilberto Silvestre e FAIM, Lucas Correa. **Contribuições da Tutela Processual Civil dos Direitos da Personalidade para a Eficácia do Marco Legal do Saneamento Básico**. Revista de Direito da Administração Pública, a.5, v. 1, n. 3, Dossiê Temático: Estado e Políticas Públicas, 2020.

GALIZA, Francisco **Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas / Francisco Galiza**. - Rio Janeiro: ENS-CPES, 2015, p. 27.

GALIZA, Francisco. **Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas**. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015.

GALIZA, Francisco. **Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas**. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro. **Desafios para a universalização de água e esgoto no Brasil**. Rev. Panam Salud Publica. 2009; 25 (6), p. 548.

GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; MONTEIRO, Mário Augusto Parente. **Análise de contratos de concessão para a prestação de serviços de água e esgoto no Brasil**. Revista: Engenharia Sanitária e Ambiental. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 353 – 361, 2006.

GOMES, Frederico Yokota Choucair. **Análise Econômica da Performance Bond nos Contratos de Obras Públicas**. Belo Horizonte. 2016, p. 10.

IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Pesquisa nacional de saneamento básico 2017: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. - Rio de Janeiro: 2020, p. 55-57.

IBGE. **Censo Demográfico**, 2000. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 15 de fev. de 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saneamento básico 2017: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios Econômicos E Sociais Da Expansão Do Saneamento No Brasil**. São Paulo, 2017: Parte 2.5. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/beneficios-economicos-e-sociais>>. Acesso em: 15 de fev. de 2021.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/2017/relatorio-completo.pdf>>. Acesso em: 15 de fev. de 2021.

MYERS, Lorena. Performance Bond Cost-Effectiveness Analysis. Dissertação [mestrado], University of Florida, 1999.

NATIONAL ASSOCIATION OF CREDIT MANAGEMENT - NACM. **Manual of Credit and Commercial Laws. 2020 Edition. Vol.3**. Capítulo 20. Maryland: NACM, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado [et al.]. **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di **Direito administrativo**– 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIRES, Irvando Mendonça. **O Atual Estágio do PLANASA**. Revista DAE, São Paulo, Edição nº 112, p. 29 – 45, 1977.

RUSSELL, Jeffrey S., **Surety bonds for construction contracts**, Reston: ASCE, 2000.

SCHMITT, V. F. **Atuação do consórcio público AGIR enquanto instância de governança regulatória na área do saneamento básico e sua contribuição para o desenvolvimento territorial sustentável**. Fundação Universidade Regional de Blumenau. Centro de Ciências Humanas e da Comunicação Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional. Blumenau, 2016. Disponível em: <https://agir.sc.gov.br/uploads/noticia/1449/jAm-x6QDE6zPTxbzosLn2DXqekXglXYg.pdf> Acesso em: 1º de jul. de 2021.

SCHUBERT, Lynn. The legal basics of surety bonds. **ABC Construction Executive Magazine**. nov., 2003. Disponível em: <http://suretyinfo.org/news_room/products/legal_basics.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

STF. **Ação Direta De Inconstitucionalidade 1.842**. Relator: Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 06/03/2013, Tribunal Pleno, 2013. Data de Publicação: 16/09/2013 Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

TUROLLA, F.A. **Política de saneamento básico:** Avanços recentes e opções futuras de políticas públicas In: Texto para Discussão n. 922. Brasília. IPEA, p. 26, 2002.