Titularidade do serviço de saneamento básico

*Ricardo Marcondes Martins**

1. Introdução

O exame da titularidade do serviço de saneamento básico exige uma prévia advertência. Este artigo tem pretensão científica: alcançar a interpretação mais consentânea com o conjunto normativo vigente. Nem sempre os temas jurídicos são examinados sob esse enfoque; na maioria das vezes têm pretensão advocatória, visando à defesa de determinado interesse. Essa, provavelmente, é a causa da divergência entre o que será exposto neste artigo e o que já foi apresentado pela doutrina brasileira. A diferença de resultados decorre da diferença de enfoque.

Vigoram na ciência do direito alguns postulados fundamentais. Um dos mais importantes é o da supremacia da Constituição, segundo o qual as normas constitucionais são o fundamento formal e material de todas as demais normas jurídicas. As normas infraconstitucionais não devem apenas ser produzidas de acordo com o procedimento constitucionalmente fixado; seu conteúdo não pode contrariar a Constituição. Trata-se de uma afirmação óbvia, conhecida de todos os graduados em direito. Há, contudo, uma proporção direta entre o conhecimento desse postulado e seu desprezo: ele é amplamente conhecido e, infelizmente, amplamente

* Doutorando em direito administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), professor de direito administrativo da Faculdade de Direito da PUC-SP e procurador do município de São Paulo.

desdenhado. Daí a importância de se afirmar o óbvio como ponto de partida: toda interpretação jurídica deve ser conforme a Constituição.

A chamada Lei de Saneamento Básico, Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, é notável exemplo de menosprezo ao texto constitucional vigente. A contrariedade à Constituição não é apenas percebida numa de suas regras específicas, nem apenas num conjunto delas, o problema é muito pior: o próprio espírito da lei é viciado pela contrariedade ao texto magno. O exame científico da titularidade do serviço de saneamento impõe explicitar, ainda que de forma sumária, os fundamentos dessa assertiva.

2. Estado federal

Logo no art. 1º da Constituição de 1988 é enunciada a forma do Estado brasileiro: trata-se de um Estado federal, formado pela união indissolúvel dos estados, municípios e Distrito Federal. O assunto é retomado no art. 18, em que são apresentadas as quatro entidades que compõem o Estado brasileiro: a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal, todos autônomos, enfatiza a parte final do preceito, nos termos da Constituição. Em síntese: um dos princípios estruturantes do ordenamento brasileiro é o federalismo.

A teoria do Estado federal revela a inexistência de um modelo universal impositivo aos textos constitucionais: o constituinte possui ampla liberdade para estabelecer os contornos da forma federal. O federalismo possui um núcleo essencial, indicativo, por exemplo, da existência de um conjunto de duas ou mais entidades políticas autônomas, cuja união constitui um ente soberano. Respeitado o núcleo essencial do signo, é o texto constitucional que indica os contornos do princípio federativo.[1] Deve-se, pois, perquirir qual foi o modelo federativo adotado pelo constituinte originário de 1988. Somente o exame do texto originário pode revelar o sentido e o alcance do federalismo no ordenamento brasileiro.

A leitura dos mencionados arts. 1º e 18 revela algo de extraordinária importância: o federalismo brasileiro é marcado pela autonomia municipal, mas uma

[1] Cai a lume a advertência de Halina Zasztowt Sukiennicka, citada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: "Nenhum estado se assemelha a outro de tal forma que se possa dizer que os seus respectivos regimes sejam idênticos. Eles, quando muito, podem ser análogos. Para classificar um organismo estático nos quadros da noção *Estado federal*, subsiste a mesma dificuldade. Os estados que iniciaram o regime federativo, e que serviram, portanto, de base para a elaboração das diversas teorias sobre a natureza jurídica do Estado federal são os únicos que nunca têm contestada a sua estrutura federal. O mesmo se não dá com os outros países, pois os seus regimes, embora modelados sobre os dos primeiros, deles sempre se afastam e, muitas vezes, de maneira importante". O Estado brasileiro, de fato, apresenta peculiaridades não encontráveis nos demais: como a seguir retomado, os municípios são entidades federativas.

autonomia municipal não parecida com a encontrada nos Estados europeus, no sentido de uma autonomia administrativa, de maior ou menor amplitude. Não. No federalismo brasileiro os municípios são entidades políticas autônomas, que estão em pé de igualdade com os Estados-membros. O princípio da autonomia federativa municipal é, pode-se dizer, verdadeiro idiotismo da linguagem constitucional brasileira.[2]

A doutrina, em coro uníssono, reconhece algumas características do federalismo, que independem da forma a ele atribuída pelo constituinte. Entre tais características, uma se revela de extraordinária importância para este artigo: o federalismo pressupõe o estabelecimento numa Constituição rígida de uma divisão de competências entre as entidades federativas.[3] Pois bem, o federalismo pressupõe

---

[2] É da tradição constitucional brasileira a garantia da autonomia municipal. Já a Constituição de 1891 consagrou-a expressamente no art. 68: "Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse". A valorização da autonomia municipal foi-se intensificando com o tempo, alcançando seu apogeu no texto de 1988: mais do que autonomia administrativa, atribui-se ao município, de forma inédita na história do país, e pelo que se sabe na história universal, a autonomia federativa. Para o exame da linha evolutiva da autonomia municipal no ordenamento brasileiro antes da Constituição de 1988, vide Castro (1985). Até a Constituição de 1969 era possível a comparação efetuada por esse autor entre o município brasileiro e o município francês, pois ambos possuíam a mesma natureza jurídica. Após a Constituição de 1988 a comparação tornou-se difícil: o município francês não possui autonomia federativa. Na doutrina brasileira, registra-se a respeitável posição contrária de José Afonso da Silva (2005), pela qual os municípios, apesar do texto vigente, não são entidades federativas: "A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentam que o município brasileiro é entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo. *Data venia*, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de 'entidade federativa' (...) Em que muda a Federação brasileira com o incluir os municípios como um de seus componentes? Nada muda. Passaram os municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma Federação de municípios. Não é uma união de municípios que forma a Federação". Com todo respeito ao notável constitucionalista, discordamos. Desdenhou o afirmado e por isso seu equívoco: prendeu-se a um suposto conceito apriorístico e universal de federalismo. Como enfatizado, respeitado um núcleo essencial, de limites acentuadamente estreitos, o constituinte é livre para estabelecer os contornos da forma federativa. Não cabe ao intérprete desprezar o texto vigente para impor a forma original, norte-americana, de federalismo. Além disso, ao contrário do que afirma, muda muito a atribuição aos municípios da autonomia federativa: seu status jurídico foi sensivelmente fortalecido. Nesse sentido calha a lição de Paulo Bonavides (2000): "Se a nova Constituição do Brasil, compendiando a autonomia municipal ainda não classifica o poder do município como um poder estatal (pré-estatal ele já o é doravante fora de toda a dúvida), é evidente, contudo, que ao emprestar àquele ente uma natureza federativa incontrastável, o fez peça constitutiva do próprio sistema nacional de comunhão política do ordenamento. Deu assim um gigantesco passo em prol do sobredito princípio, agora rodeado de proteção mais adequada e eficaz em relação aos legisladores, nomeadamente aqueles que atuam na órbita do Estado-membro: proteção para forrar o instituto a lesões feitas à sua intangibilidade, quais aquelas, de último, perpetradas por algumas constituintes estaduais. Tais lesões devem ser cuidadosamente evitadas, a fim de que se conserve a incolumidade da Constituição. É dever de todos nós manter a autoridade e supremacia da Carta com o zelo, a intransigência e a devoção que urge consagrar àquela que representa a mais alta regra de organização jurídica do país". O aclamado constitucionalista cearense sintetizou, nesse trecho, a ideia mestra deste artigo.

[3] Nesse sentido, afirma o célebre Bandeira de Mello (1948:74) em seu clássico estudo: "Qualquer que seja, porém, o processo histórico pelo qual se originou um Estado federal, os seus poderes emanam de uma Constituição que, promulgada em nome do Estado federal, constitui a lei fundamental da nova

que as competências das entidades federativas estejam fixadas no texto de uma Constituição rígida: trata-se de exigência indissociável do núcleo essencial do conceito de federalismo. A divisão constitucional de competências dita a forma federativa instituída pelo constituinte. Nesses termos, para apurar os contornos do federalismo brasileiro, não basta examinar os arts. 1º e 18, é necessário o exame de todos os dispositivos que atribuem competências aos entes federativos, como, por exemplo, os arts. 21, 22, 23, 24, 25 e 30. Naqueles dois preceitos encontram-se as entidades que formam a federação brasileira, nesses encontram-se os contornos da autonomia de cada entidade federativa. Insiste-se: o federalismo é, pois, um conceito jurídico-positivo, cujo significado é dado pelo conjunto de normas constitucionais positivadas. Observado um núcleo essencial, é o constituinte que estabelece o que vem a ser o federalismo para o ordenamento vigente e o faz não só pela indicação das entidades federativas que compõem o Estado federal, mas, principalmente, pelo estabelecimento e distribuição das competências entre as entidades.

Há que se observar o seguinte: na Constituição brasileira o federalismo é cláusula pétrea. Trata-se de particularidade de extremada relevância: pelo art. 60, § 4º, inciso I, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado. Eis o problema: a que "forma federativa" o constituinte se refere nesse dispositivo? Não se trata por óbvio da forma federativa norte-americana, que deu origem ao conceito técnico de federalismo, nem muito menos ao núcleo conceitual passível de universalização, de estreitos limites. Trata-se da forma instituída pelo constituinte no texto originário de 1988. Essa forma, extraída dos dispositivos mencionados, não pode ser abolida. Não se admite sequer uma tendência a sua abolição.[4] O chamado poder de reforma pode alterar as compe-

organização política. A distribuição das competências em tal forma de Estado é sempre feita na própria Carta federal". Na mesma linha, afirma Luiz Alberto David Araujo (1995): "A repartição de competências, como elemento caracterizador da descentralização política não vem despida de qualquer formalidade. A divisão de competências entre as vontades do Estado federal deve ter sede constitucional, tornando-se parte de sua essência. Não se pode pensar em uma divisão de competências que não estivesse estampada no texto constitucional, já que, como visto, nesse ponto reside talvez a tônica mais original do Estado federal". Cita-se também a lição de Luís Roberto Barroso (1982:56): "Temos insistido que a existência de uma Constituição é requisito essencial para a configuração do Estado federal. Isto porque o que o singulariza é o fato de que a competência dos entes federados, o seu raio de ação no exercício de sua autonomia deriva, não do órgão central, mas da lei fundamental. O texto básico, além de ser a lei de organização dos poderes é, também, demarcatória do âmbito de ação dos entes federados, estabelecendo sua esfera de competência, intransponível também pela União".

[4] Tal posição vai de encontro ao sustentado por boa parte da doutrina e por isso exige uma explicação. Muitos juristas sustentam que uma interpretação alargada das cláusulas pétreas impede o progresso da Nação. Trata-se, porém, de uma perversa falácia. Uma Constituição democrática e dirigente, como é a brasileira, invariavelmente, apresenta um projeto avançado de desenvolvimento social. Os ataques a esse projeto, só um tolo não percebe, não são movidos por ideais filantrópicos. Quem melhor sintetizou a opinião sustentada neste artigo foi o ministro Carlos Ayres Britto (2003:71, grifos no original) em obra de invulgar brilho: "Ou, se necessidade houver, qual a Constituição que não dispõe sobre a sua própria

tências fixadas no texto constitucional? Sim, mas desde que não altere o modelo federativo adotado. Na dúvida, a alteração é vedada. Portanto, é extremamente delicada a alteração da divisão de competências constitucionalmente estabelecidas: trata-se de alteração que toca diretamente no modelo federativo, modelo esse que está petrificado e, por isso, não admite alteração. A alteração da divisão de competências deve, por isso, ser feita com o máximo desvelo. Consequentemente, diante da alteração das competências originariamente estabelecidas, empreendida

---

reforma? Reforma, no entanto, que deve assegurar a sobrevida da Constituição, e não o seu *dobre de sinos*. Modifica-se a Constituição *para que ela permaneça idêntica a si mesma naquela parte central da sua circunferência axiológica*. Ou, por outra, modifica-se a Constituição apenas quanto aos mecanismos de que seus princípios estruturantes precisam para permanecer eficazes". Noutras palavras: o constituinte originário permite a reforma da Constituição não para que o impropriamente chamado constituinte reformador altere a essência da obra primeira, mas para que reforce essa essência: a reforma só é possível para a maximização dos princípios estruturantes, jamais para o seu enfraquecimento. Adiante, o nobre jurista apresenta a posição dos oposicionistas: "Qual a solução que se entremostra na crítica ao 'excesso de rigidez' e seu desaguar em mutações constitucionais do tipo informal? Dar às cláusulas pétreas uma interpretação *light*, cada vez mais *soft*, para facilitar as emendas e revisões constitucionais; quer dizer, a resposta para o excesso de rigidez (suposto excesso) *é o excesso de desconsideração pelas cláusulas intangíveis da Constituição*" (grifos no original). E responde: "É necessário ter cuidado com as palavras. Se é próprio do Poder Constituinte democrático produzir constituições avançadas (pode-se dizer o contrário?), como rotular de ideologicamente *conservadora* a função das cláusulas pétreas em tais diplomas? Tais cláusulas operam, em verdade, como *garantia do avanço então obtido*. Como penhor de não retrocesso das conquistas jurídicas a que democraticamente se chegou" (grifos no original). E ainda registra: "Não temos o menor acanhamento intelectual em afirmar que os atos de reforma da Magna Carta, notadamente as emendas, *constituem uma exceção àquela nota de estabilidade que é indissociável de toda Constituição rígida*. Por isso mesmo é que a Lei Maior brasileira não diz o que as emendas podem fazer, mas, sim, o que não podem. Por semelhante prisma analítico, as cláusulas pétreas, longe de constituírem uma exceção ao poder de reforma constitucional, são, em verdade, aquela parte da Constituição *que nem mesmo admite a exceção do poder de reforma*. Elas é que devem gozar do benefício da dúvida interpretativa, pois não é racional que se postule a exegese restritiva das matérias que mais confirmam o caráter estabilizador da Magna Carta e ainda por cima revelam, por maior proximidade com o *protovalor* da democracia, a própria alma da Constituição. A esse respeito, é de se afastar o receio de que o prestígio exegético das cláusulas pétreas — nos casos de dúvida fundada, lógico —, venha a significar banalização das mesmas (tudo, ou quase tudo, passaria a ser encarado como cláusula pétrea). É que a postura interpretativa contrária é de muito maior gravidade sistêmica, pois redunda no mais intolerável tipo de banalização: *a banalização da própria Lei Fundamental do país, que fica muito mais vulnerável a agressões por via de emendas*. A alternativa é radical: ou o hermeneuta prestigia as cláusulas pétreas e assim reduz a possibilidade de produção de emendas, ou prestigia as emendas e assim fragiliza a integridade das cláusulas pétreas. A primeira opção é a que temos por acertada, até porque melhor nos habilita a afastar o temor da banalização, a saber: uma coisa é a indicação das matérias constitutivas de cláusulas pétreas, de par com as normas constitucionais que dão o conteúdo mínimo de cada qual dessas cláusulas de intangibilidade, pois aí estamos diante dos princípios que mais estabilizam a Constituição e concomitantemente mais se aproximam do centro da circunferência democrática; outra coisa, porém, são os preceitos constitucionais que estão a serviço das cláusulas pétreas, que têm a ver com elas, sim, *mas sem a força de elementarizá-las*. Regras periféricas, então, da própria circunferência de cada cláusula pétrea e, com mais razão, da circunferência democrática. Por isso que tais preceitos jazem à disposição do Poder Reformador, desde que o resultado desse labor reformista seja o fortalecimento ou a robustez da parte axiológica situada no centro da circunferência em causa" (grifos no original).

Deveras, o impropriamente chamado poder reformador tem pouco poder: só pode alterar o texto originário na medida em que reforça a eficácia dos princípios estruturantes, no mais exorbita de sua competência e produz inconstitucionalidade. A adaptação da Constituição não se dá prioritariamente pela reforma, esta deve ser excepcional, mas pela interpretação: justamente por isso a Constituição possui um grande número de normas de textura aberta.

pelo poder de reforma, deve o jurista indagar se houve ou não substancial alteração do modelo federativo eleito. O texto constitucional brasileiro não permite substancial alteração do federalismo positivado: permite tão somente ajustes que reforcem o modelo eleito, permite tão somente modificações que mantenham a organização escolhida, que respeitem, enfim, o grau de autonomia atribuído a cada uma das entidades.

Resta um último esclarecimento sobre o federalismo brasileiro. O constituinte de 1988 adotou um modelo cooperativo. O chamado federalismo cooperativo surgiu com o governo de Roosevelt, que intensificou a ajuda federal aos Estados, sob a forma de programas e convênios. Nos Estados Unidos, o federalismo cooperativo não foi concebido como princípio jurídico, mas como método pragmático, destinado a resolver problemas concretos. Diferentemente, ocorreu na Alemanha, onde a doutrina e jurisprudência vislumbram como princípio não inscrito o princípio da conduta amistosa federativa, pelo qual a ordem constitucional está fundada sobre a colaboração recíproca entre federação e Estados.[5] Passou a ser um dos traços do chamado novo federalismo a ampla cooperação entre as entidades federativas:[6] a divisão de competências não é considerada estanque, exigindo-se que um ente coopere com o outro no cumprimento dos deveres constitucionais.

Com efeito: o texto de 1988, e isso é indiscutível, adotou um modelo de federalismo cooperativo. Por um lado, estabeleceu um extenso rol de competências comuns no art. 23, por outro, impôs, no *caput* do art. 211, às entidades federativas a organização de seus sistemas de ensino em regime de colaboração. Na cooperação todos exercem sua competência conjuntamente com os demais, todos os entes devem colaborar para a execução das tarefas constitucionais.[7] O federalismo cooperativo, porém, não pode ser invocado como uma expressão mágica, apta a transformar o modelo petrificado num verdadeiro castelo de areia.[8] De evidência solar: é o texto originário que dá a dimensão do modelo coo-

---

[5] Ver Hesse (1998).

[6] A esse traço já fazia referência o célebre Meirelles Teixeira (1991:658).

[7] Nesse sentido: Bercovici (2003:152-153).

[8] Lúcida a advertência de Augusto Zimmermann (1999:57): "Dominante no cenário político, o federalismo cooperativo não dispõe de fronteiras claramente definidas na questão da distribuição das competências entre os níveis autônomos de poder. O objetivo explícito é, em síntese, a promoção de uma livre cooperação da União com as entidades federadas. Esta variante, uma vez adotada no Brasil pós-revolucionário da década de 1930, se expôs às suas mais dramáticas deturpações, que por vezes praticamente aniquilaram o próprio espírito federativo, conduzindo-nos de tal maneira à centralização excessiva e às inúmeras crises político-institucionais subsequentes". Afirma Bercovici (2003:154): "A fonte da cooperação federal é a Constituição. Fora dos casos expressamente previstos no texto constitucional (obrigatórios ou facultativos) predomina o princípio da separação e independência no exercício das competências constitucionais". Regra hermenêutica de ouro é dada por Charles Hughes, juiz da Corte Internacional de Haya, citado pelo memorável Carlos Maximiliano (1954:134): "A Constituição não destrói a si própria. Em outros termos, o poder que ela confere com a mão direita, não retira, em seguida, com a esquerda".

perativo adotado, modelo que, por estar petrificado, não pode ser desnaturado pelo poder reformador. Insiste-se: no texto originário adotou-se um modelo que, em suas linhas mestras, está petrificado. A alteração da Constituição não pode importar na alteração do modelo. O constituinte de 1988 não adotou qualquer cooperação, mas um modelo de cooperação. Dito isso, finalmente é possível enfrentar o tema central deste artigo.

3. Serviço de saneamento básico

De início, cabe definir o significado da expressão serviço de saneamento básico. Para tanto, a Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, é de grande utilidade: ela define o significado da expressão no inciso I de seu art. 3º. Saneamento básico é o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas. Pois bem, eis o problema teórico de inegável complexidade: a quem compete *prestar* esses quatro serviços?

Os quatro são serviços de interesse local e, por isso, nos termos do inciso V do art. 30 da Constituição, são de titularidade municipal. Essa resposta, porém, exige o enfrentamento de uma série de questões. Primeira: o que vem a ser interesse local nesse dispositivo constitucional? É firme a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2000): não existe interesse exclusivamente local, mas predominantemente local.[9] A Constituição dá no inciso V mencionado um exemplo de serviço de interesse local: o transporte coletivo. Ora, de modo similar, as quatro atividades que compõem o saneamento básico interessam predominantemente ao município. Mais precisamente: a prestação dessas atividades exige, tal qual a prestação do serviço de transporte coletivo, a observância das particularidades de cada localidade, o que evidencia, de modo indiscutível, o interesse local.

[9] O célebre administrativista, contudo, apenas repetiu doutrina há muito fixada por constitucionalistas de escola. Era corrente nos textos constitucionais brasileiros o uso da expressão "peculiar interesse" ao invés de "interesse local". O constituinte de 1988, ao substituir a expressão consagrada pela tradição, em nada inovou. Sobre o tema assim se manifestou José Horácio Meirelles Teixeira (1950:59): "E note-se que por serviços locais não se deve entender, restritivamente, apenas aqueles que o sejam de modo exclusivo. Ao contrário, para que o interesse se possa considerar peculiar ao município, basta que se apresente em mero grau de prevalência". E acresceu: "Esse 'peculiar interesse' repousa, substancialmente, na consideração de que certos serviços ou atividades, embora redundem em vantagem geral, apresentam todavia aspectos, particularidades e circunstâncias que os tornam mais estreitamente ligados à vida local, e em relação mais imediata com suas necessidades. E por força desses aspectos e particularidades, tal interesse diferencia-se do interesse de outras localidades e do interesse geral. E é nesse sentimento de necessidades específicas a satisfazer, na consciência desses fins a atingir, os quais devem ser tratados, considerados, e resolvidos de modo igualmente diferenciado e específico, que repousam, para a teoria política, os pressupostos da autonomia local".

Segunda questão: qual a relação entre o domínio da água e a titularidade do serviço público? A Constituição de 1988 nos incisos III e VI do art. 20 e no inciso VI do art. 26 partilha o domínio das águas entre a União e os estados. Pertencem à União: lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um estado, sirvam de limites com outros países, se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, terrenos marginais, praias fluviais, mar territorial. Aos estados pertencem: águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, nesse caso, as decorrentes de obras da União. A Constituição não atribui titularidade de águas aos municípios.[10] Além disso, a Constituição distingue a titularidade das águas da titularidade dos potenciais de energia hidráulica: estes pertencem à União, nos termos do art. 176 da Constituição, garantindo-se, nos termos do § 1º do art. 20, às demais entidades federativas do respectivo território participação no resultado da exploração desses recursos ou compensação financeira por essa exploração.[11]

Poder-se-ia dizer: como os municípios não são titulares dos recursos hídricos, também não podem ser titulares do serviço de saneamento que, na maioria das hipóteses, depende de utilização da água.[12] Trata-se, porém, de uma falácia. Do fato de o constituinte ter atribuído a titularidade de um bem necessário à prestação de um serviço a um ente da federação não segue, necessariamente, que tenha atribuído a titularidade do serviço a esse mesmo ente. Tudo depende da análise sistemática do texto constitucional, que pode confirmar ou não essa associação. O próprio texto constitucional, em vários momentos, comprova exatamente o contrário: os estados são titulares de muitos rios, mas a União é titular do potencial de energia hidráulica. No caso do saneamento básico: o serviço, por ser predominantemente local, é privativo dos municípios, mas a água, necessária para prestação dos serviços, é estadual ou federal.[13]

Quando um ente federativo tem competência privativa para prestar um serviço e para tanto necessita usar um bem de outro entre federativo, a outorga do uso

---

[10] Sobre o tema, ver Machado (2002:29-30); Pompeu (2006:52-58). Interessante registrar a observação de Marçal Justen Filho (2005) sobre a possibilidade de domínio municipal nas hipóteses em que o direito admite o domínio privado sobre um determinado curso d'água.

[11] Conforme Barroso (2002).

[12] É justamente um dos argumentos de Marçal Justen Filho para negar a *titularidade privativa* aos municípios: "Mas há outro critério de cunho objetivo que permite identificar a titularidade do serviço. Trata-se da titularidade dos bens públicos dos quais se extraem as utilidades materiais necessárias à prestação do serviço público. Se um serviço público envolver a exploração de bens públicos, a titularidade do serviço deverá reputar-se como pertencente ao ente público titular de seu domínio. Essa solução deriva da sistemática constitucional. Se um ente federal necessitasse valer-se de bens de outro ente para prestar seus serviços públicos, estaria instaurado um potencial conflito entre eles".

[13] Nesse sentido, afirma com absoluto acerto Luiz Henrique Antunes Alochio (2007:17-18): "Não podemos confundir o serviço de saneamento básico-água com a outorga de água bruta, para prestação daquele serviço. (...) A distinção é relevante, especialmente para sabermos que a titularidade da água-bruta (se da União ou se do estado) não altera, por si só, a titularidade da prestação de serviços de saneamento (essencialmente municipal, por ser de interesse local)".

desse bem passa a ser vinculada: não pode o ente titular do bem recusar, se atendidas as exigências legais (exigências que devem ser razoáveis), a outorga do uso ao ente que deve prestar o serviço. Trata-se de uma regra constitucional implícita, presente na boa doutrina.[14] Nesses termos, nada há de estranho na diversidade de titulares — um ente titular do bem, outro ente titular do serviço — e nada há de conflituoso nessa diversidade, tendo em vista que o ente titular do bem não é livre para recusar a outorga do uso ao ente titular do serviço. A Lei Federal nº 9.433/97, no art. 12, é expressa em exigir do titular do recurso hídrico a outorga do uso ao ente federativo competente para a prestação do serviço de saneamento básico.[15] Esse ato de outorga, porém, é típico exercício de competência vinculada. Em suma: obedecidas as exigências do sistema normativo, o ente titular do serviço tem o direito público subjetivo à outorga do uso do recurso hídrico necessário à prestação.

Terceira questão: as competências atribuídas à União nos incisos XIX e XX do art. 21 e no inciso IV do art. 22 da Constituição afetam a conclusão de que incumbe aos municípios prestar o serviço de saneamento básico? A resposta é peremptória: em nada a afetam. O primeiro dispositivo atribui à União competência privativa

---

[14] Quem melhor expôs essa regra foi o notável Celso Antônio Bandeira de Mello (2003:31), em trabalho de mão e sobremão. Deveras, ao examinar o uso de espaço público por concessionária da União para instalação de equipamento necessário à prestação do serviço de telecomunicação, afirmou o ilustre professor paulista: "Ora, se há, pois, *direito* ao exercício das atividades em causa e, consequentemente, à utilização dos meios e equipamentos que lhe são inerentes, segue-se, por derivação lógica irrefragável, que o município não dispõe de aptidão jurídica para, a seu critério, isto é, *discricionariamente*, deferir ou indeferir licenças para instalação dos equipamentos em apreço. Deveras, se a autoridade municipal pudesse, ao seu líbito, invocar razões de interesse público para outorgar ou denegar licenças de instalação, nela é que estaria retida a aptidão jurídica para ensejar ou obstaculizar as atividades de telecomunicações. Em suma, a União ficaria a depender de um *nihil obstat* editado pelos municípios, conclusão esta que ninguém da área jurídica, em seu juízo normal, encamparia". O próprio Marçal Justen Filho (2005:25), em seu excelente parecer, conclui: "É evidente que a exposição acima não reflete a concepção de que a União ou o estado disporiam de alguma espécie de competência discricionária para opor-se à utilização da água para satisfação das necessidades essenciais. O que se afirma é que União e estado manterão a titularidade sobre a água e disporão de competência para regular a sua utilização por parte dos municípios". Luis Roberto Barroso é preciso ao tratar do tema: "Nada obstante isso, a União e os estados não podem dispor arbitrariamente da autoridade de conceder ou negar outorgas. Somente será legítima a recusa quando houver um fundamento relevante e de interesse público, como, por exemplo, a ameaça de dano para o sistema hídrico em geral. Veja-se que o acesso à água não depende de qualquer tipo de licitação para sua outorga. Pois bem: à vista de tais premissas, é certo que a União e os estados deverão conceder as outorgas solicitadas, salvo situações excepcionais, quando se tratar de um serviço público atribuído pela Carta a outro ente federativo, para cuja prestação a utilização da água seja indispensável, como é o caso do saneamento".

[15] Dispõe, por exemplo, o inciso I, do referido dispositivo: "Estão sujeitos a outorga pelo poder público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos: I — derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, *inclusive abastecimento público*, ou insumo de processo produtivo". O parágrafo único do art. 4º da Lei Federal de Saneamento Básico (nº 11.445/07) também é expresso nesse sentido: "A utilização de recursos hídricos na prestação de serviços públicos de saneamento básico, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, é sujeita a outorga de direito de uso, nos termos da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, de seus regulamentos e das legislações estaduais".

para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso. O sistema foi criado e disciplinado nos arts. 32 e segs. da Lei Federal nº 9.433/97. Como afirmado, para prestar o serviço de saneamento faz-se, na maioria das hipóteses, necessário o uso de recursos hídricos. Deve, então, o prestador do serviço obter do ente titular do recurso hídrico a outorga do uso. Cabe privativamente à União definir critérios sobre a outorga do uso, critérios esses constantes dos arts. 11 e segs. da Lei nº 9.433/97. O inciso XX do art. 21 da CF atribui à União competência privativa para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive saneamento básico. O constituinte usa o signo "diretriz" como sinônimo da expressão "norma geral".[16] Atribuir à União competência para editar normas gerais sobre o saneamento básico não equivale, por óbvio, a atribuir a ela a titularidade do serviço de saneamento básico.[17] A União estabeleceu as referidas diretrizes na Lei Federal nº 11.445/07. Por fim, pelo inciso IV do art. 22 compete privativamente à União legislar sobre águas. Ora, ter competência para legislar sobre o recurso hídrico necessário à prestação do serviço não equivale a ter competência para prestar o serviço. O recurso hídrico pode, perceba-se, ser da titularidade do estado. Nesse caso: a disciplina legal da água será ditada pela União, a outorga do uso será efetuada pelo estado e o serviço de abastecimento de água potável será executado pelo município.

Quarta questão: nas regiões metropolitanas a competência para prestar o serviço de saneamento também é dos municípios? O § 3º do art. 25 da Constituição atribui aos estados a competência para, mediante lei complementar, instituir

---

[16] Sobre o instituto das normas gerais, ver Martins (1995:67-87). Há quem entenda que normas gerais e diretrizes no texto de 1988 são institutos distintos. Conforme Justen Filho, sem desprestigiar o entendimento contrário, discordamos: da análise sistemática do texto não é possível extrair um significado diferente para ambos os termos. Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva: "Legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional e legislar sobre normas gerais de educação somam, no fundo, a mesma coisa". Sem embargo, faz-se necessário examinar o contexto para apurar o exato significado de cada menção constitucional. Assim, num primeiro momento, norma geral e diretriz são, no vocabulário constituinte, sinônimos, mas numa hipótese específica, ao mencionar a categoria da norma geral ou a categoria da diretriz o constituinte pode ter atribuído uma conotação particularizada. Basta lembrar que, segundo a conclusão de nosso estudo sobre as normas gerais de direito urbanístico, a categoria das diretrizes do art. 182, *caput*, refere-se aos assuntos vinculados ao interesse local; diferentemente da categoria das normas gerais do art. 24, I, e § 1º, cujo conteúdo não está vinculado ao interesse local.

[17] Oportuna a lição de Marçal Justen Filho: "A Constituição pode dissociar a titularidade das competências legiferantes e administrativas — aliás, a Constituição produz essa dissociação com grande frequência. "Assim, para exemplificar, um Estado é titular da competência administrativa para produzir contratações autônomas. Mas daí não se segue que o estado, de modo isolado e autônomo, possa produzir normas legislativas disciplinando a matéria das contratações. A competência para editar 'normas gerais' (...) sobre contratações administrativas é da União (CF/88, art. 22, inciso XXVII)". Aliás, observa-se, tanto a competência para editar normas gerais sobre licitação e contratos administrativos quanto a competência para editar normas gerais sobre saneamento é privativa da União, ambas as competências não se sujeitam ao regime dos parágrafos do art. 24. Esse é o efeito jurídico da não inserção do inciso XX do art. 21 e do inciso XXVII do art. 22 no rol do art. 24. Aparentemente, em sentido contrário: José Afonso da Silva. É evidente que nas matérias relativas às normas gerais previstas nos arts. 21 e 22 os Estados têm competência complementar, eles não têm é competência plena.

regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, "para integrar a organização, o planejamento e a execução de função pública de interesse comum". Muitos entendem que esse dispositivo atribui aos estados nas regiões metropolitanas por eles instituídas a titularidade dos "serviços públicos de interesse comum". Prevalece na doutrina o entendimento de que na região metropolitana o serviço de saneamento básico deixa de ser serviço de interesse local, pois nelas o interesse, que em regra é predominantemente local, passa a ser predominantemente regional. Enfim, nas regiões metropolitanas, para boa parte da doutrina, o serviço de saneamento básico é de titularidade dos estados.[18] Trata-se, porém, de um infeliz equívoco.

A leitura atenta do dispositivo constitucional referido indica que, se, por um lado, aos estados foi, de fato, expressamente atribuída a competência para instituir a região metropolitana, por outro, implicitamente, foi também atribuída a competência para disciplinar os assuntos afetos ao interesse metropolitano. Assim, eventuais particularidades do saneamento básico decorrentes da integração regional de municípios limítrofes podem ser estabelecidas na legislação estadual. Daí afirmar que cabe aos estados a prestação do serviço há uma distância bem longa, que só intuitos advocatórios justificam ser percorrida. Do ponto de vista científico, vislumbrar no dispositivo constitucional a atribuição ao estado da titularidade de todos os serviços locais afetos à região metropolitana é, com todo respeito, insustentável.

Pela interpretação sistemática do texto constitucional, mais precisamente por força do § 1º do art. 25, são de titularidade do estado os serviços cuja prestação extravase, pela própria natureza do serviço, os limites territoriais do município. Um exemplo clássico: o serviço de transporte coletivo é municipal, mas o serviço de transporte coletivo intermunicipal é estadual. O transporte coletivo prestado entre os municípios integrantes da região metropolitana não pode ser titularizado por nenhum deles, pelo simples fato de que, ressalvadas circunstâncias excepcionais, nenhuma entidade federativa pode prestar serviço público fora de seu território.[19]

---

[18] Nesse sentido, afirmou o saudoso Caio Tácito (1998:328): "Na hipótese em que a lei complementar estadual venha a colocar o município na órbita de Região Metropolitana, cessa a autonomia do serviço local que se vai integrar na competência do estado, titular da prestação do serviço de interesse comum". No mesmo sentido, manifestou-se Luis Roberto Barroso: "Pode-se concluir, assim, que a competência estadual para os serviços de interesse comum, particularmente no âmbito das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, decorre de uma imposição do interesse público, no que diz respeito à eficiência e qualidade do serviço prestado e, muitas vezes, até mesmo à sua própria possibilidade".

[19] Sobre o tema, doutrina Marçal Justen Filho: "Quando se alude à necessidade de atuações no âmbito de mais de um município ou estado, está a referir-se à impossibilidade de prestação das utilidades em que se consubstancia o serviço público através da execução material de atividades na circunscrição territorial correspondente. E assim se põe porque a titularidade do serviço público não poderá conduzir um ente político a exercitar atividades materiais além dos limites de seu território. Como visto, ainda

Quando a prestação do serviço, em si, extravasa os limites territoriais do município, o serviço é de titularidade do estado.

Isso não ocorre com nenhuma das quatro atividades que compõem o chamado serviço de saneamento básico. É possível que o ente dependa de recursos hídricos que se encontram fora de seu território, é possível que a prestação do serviço obedeça a limitações impostas pelo interesse regional. Em outras palavras, na maioria das hipóteses, o município precisa obter a outorga do uso do recurso hídrico (que, como já se disse, importa exercício de competência vinculada); muitas vezes o município deve, na prestação do serviço de saneamento, obedecer aos condicionamentos impostos na legislação estadual, tendo em vista as particularidades ditadas pelo interesse regional. Sem embargo, em nenhum caso a prestação do serviço de saneamento, em si considerada, ao contrário do que ocorre com o serviço de transporte coletivo intermunicipal, extravasa os limites do território do município a justificar a titularidade estatal.

Em síntese: nas regiões metropolitanas, os estados têm competência para impor condicionamentos exigidos pelo interesse regional; nelas os estados têm titularidade para realizar os serviços cuja prestação, em si, extravasa os limites territoriais do município, serviços que por sua própria natureza são intermunicipais. O serviço de saneamento básico não se encaixa nessa categoria: é serviço local, mesmo na região metropolitana, pois a prestação não extravasa, pela sua natureza, o limite territorial do município. Os municípios são os titulares do serviço de saneamento nas regiões metropolitanas,[20] mas, ao prestá-lo, devem

---

que não se possa aludir a alguma manifestação de soberania dos diversos entes políticos integrantes da federação brasileira, no seu relacionamento interno, é evidente que sua autonomia recíproca se traduz numa inviolabilidade territorial. Cada município e cada estado é titular de competência para exercitar atividades no âmbito dos próprios territórios. A autonomia federativa de cada ente federativo significa que cada qual dispõe de competência sobre os próprios territórios. Essas competências apresentam uma vertente positiva e outra negativa. A vertente positiva da competência equivale à afirmativa de que o território de um ente federativo pode (deve) ser utilizado para o desenvolvimento de atividades daquele ente. A vertente negativa da competência corresponde à vedação de que um ente federativo desempenhe atividades no âmbito territorial de outro ente". O ilustre jurista caracterizou com precisão cirúrgica o critério territorial que caracteriza os aqui chamados serviços públicos intermunicipais. Mas, sem desprestigiar seu entendimento, equivocou-se ao invocar esse critério para justificar a titularidade estatal do serviço de saneamento nas regiões metropolitanas. A prestação do saneamento não exige pela sua própria natureza, ao contrário do que se dá com o transporte intermunicipal, o extravasamento dos limites territoriais do município. Afirma Marçal Justen Filho: "Como resultado material, torna-se impossível promover a prestação dos serviços de saneamento básico, nas metrópoles, a partir da concepção da titularidade municipal. Se cada município for titular dos serviços na área de seu território, então será possível a cada qual adotar solução técnica e jurídica diversa. Isso significará a pluralidade de soluções conflitantes entre si, com enorme risco de colapso no fornecimento de um serviço essencial". O problema mencionado por Marçal resolve-se com o dever de observância pelos municípios, nas regiões metropolitanas, dos condicionamentos fundados no interesse regional, impostos pela legislação estadual. A possibilidade da legislação estadual impor à prestação do serviço condicionamentos ditados pelo interesse regional evita a alegada "impossibilidade".

[20] Sobre o tema afirma Dalmo de Abreu Dallari (2005): "São ainda oportunas para finalizar, algumas considerações sobre a integração de municípios em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e

obedecer aos condicionamentos, justificados pelo interesse regional, impostos na legislação estadual.

Quinta questão: a economicidade da prestação pelo estado ou pela União justifica descaracterizar a titularidade municipal? Alguns afirmam que a prestação dos serviços de saneamento básico pela União, pelo estado ou por uma associação de municípios é mais econômica do que a prestação do serviço isoladamente pelos municípios. Trata-se do chamado critério econômico para definição da titularidade do serviço. A mínima consciência do papel de uma Constituição rígida evidencia que a classificação das competências constitucionais não pode ser modificada pelo parecer de um economista. É óbvio que não estão na base dessa classificação apenas juízos econômicos: a titularidade pelo ente local faz com que a prestação do serviço esteja mais próxima do usuário, o munícipe pode influir muito mais no Legislativo e no Executivo do seu município do que no Legislativo e no Executivo do estado e da União. A democracia e a isonomia, valores que estão na base da teoria contemporânea do federalismo,[21] evidenciam que a divisão de competências foge da questão econômica. Ainda que os economistas comprovem que a supressão dos municípios seria mais econômica para o Estado brasileiro, só numa nova ordem jurídica isso será possível. Na ordem vigente, conclusões econômicas desse tipo devem ser combatidas veementemente. Traduzem afronta ao texto constitucional vigente e, quando proferidas por juristas, merecem reprovação. A advocacia, ainda que por definição seja parcial, jamais pode afastar-se dos valores éticos e da defesa da ordem jurídica vigente.[22]

4. Teoria da troca de sujeito

A próxima indagação exige exame autônomo: é possível que o serviço de saneamento seja prestado pelo estado do local, por outro estado da federação, pela União ou por uma associação de municípios? Sim, pois sempre que uma entidade federativa não puder prestar um serviço público, outra entidade deve prestá-lo. Essa regra, controversa para muitos, em relação ao serviço de saneamento básico, pelos motivos a seguir expostos, é indiscutível. Trata-se de aplicação da teoria da troca de sujeito.

microrregiões. (...) Os estados, nesse caso, colaboram com sua experiência e seu aparato técnico para a melhor ordenação da execução das tarefas, mas cada município continua integralmente autônomo e plenamente responsável pelos encargos de sua competência. Não se altera, de forma alguma e em qualquer medida, o 'tripé federativo'".

[21] Ver Zimmermann (1999); Morbidelli (1999).

[22] A leitura do art. 32 e dos incisos VI, XVII, XXIV do art. 34, ambos da Lei Federal nº 8.906/94, deixa claro que a advocacia não se coaduna com a defesa de opiniões manifestamente contrárias à ordem jurídica vigente.

Toda regra constitucional concretiza um princípio e, por isso, tem um peso relativo.[23] As regras de competência também concretizam princípios (Prc): estão, por exemplo, na base do princípio federativo os princípios da democracia e da igualdade. A positivação traz consigo um peso adicional: ao enunciar uma regra, o constituinte acresce ao peso do princípio concretizado pela regra o peso de um princípio formal que dá primazia à ponderação do constituinte (Pf). As regras de competência constitucional, por isso, possuem como peso a soma do peso do princípio por elas concretizado com o peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte (Prc + Pf). Esse peso, apesar de significativo, não faz das regras de competência regras absolutas. Como todas as regras do sistema, elas também são relativas. O peso dos princípios tutelados pelo exercício da competência (Pec), nas circunstâncias do caso concreto, pode afastar o peso da regra de competência (Pec > Prc + Pf).

A prestação do serviço de saneamento básico é imprescindível para adequada tutela da saúde e, pois, da vida das pessoas — princípios concretizados pelo exercício da competência. Pois bem, diante da impossibilidade de um município prestar o serviço, caso se atribuísse à regra de competência um peso absoluto, admitir-se-ia a não concretização dos princípios da saúde e da vida até que o ente competente cumprisse sua missão constitucional. A solução é absurda: diante das circunstâncias, o não exercício da competência exige que ela seja transferida a outro ente. O peso dos princípios tutelados pelo exercício da competência, na reiterada omissão do ente competente, exige que este seja substituído. Eis, em síntese, os fundamentos da teoria da troca do sujeito. Segundo essa teoria, o Poder Judiciário, na ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas, verificando que o sujeito competente não exerce, além de um intervalo de tempo razoável, sua competência e que os princípios concretizados pelo exercício da competência exigem tutela imediata, pode empreender a troca de sujeito e imputar a competência a outrem (a outro órgão público ou, dependendo do caso, ao particular).[24]

A teoria da troca de sujeito consiste em avanço científico recente. A possibilidade de troca do ente competente, para muitos, ainda pode ser acentuadamente controversa. No tema do saneamento básico, contudo, a questão é mais tranquila: o próprio constituinte tornou expressa a possibilidade da troca de sujeito. Reza o inciso IX do art. 23 ser competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios "promover programas de construção de moradias e a

[23] Conforme Martins (2003). Para um aprofundamento, ver nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, no prelo. Nesses textos examinou-se, também, a teoria da ponderação aqui adotada.

[24] Quem primeiro se manifestou sobre a teoria da troca de sujeito foi Rothenburg (2005). O tema foi retomado em nosso *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Trata-se, reconhece-se, de formulação doutrinária recente.

melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico". Esse dispositivo não está, obviamente, atribuindo a titularidade do serviço a todos os entes da federação. A Constituição deve ser interpretada inteligentemente.[25] Não faria sentido atribuir a prestação dos serviços de saneamento a todas as entidades federativas concomitantemente: a prestação conjunta causaria uma situação de eterno conflito e confusão. Assim, o dispositivo não atribui a titularidade concomitantemente a todos os entes, mas impõe expressamente a cooperação entre as entidades federativas. A regra do inciso IX do art. 23 legitima, de modo incontestável, além da ajuda propriamente dita (pela destinação de recursos, por exemplo), a troca de sujeito, quando a prestação do serviço de saneamento básico não for prestada pelo ente inicialmente incumbido de fazê-lo. Diante do caso concreto, a prestação pode ser atribuída a um município vizinho, ao estado, a outro estado, à União, à associação de municípios, à associação de município e estado, aos particulares.[26] Várias soluções são possíveis, dependendo da ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas.

A teoria da troca de sujeito foi enunciada pela doutrina tendo em vista uma situação de omissão do titular da competência: o Ministério Público e, no caso do saneamento básico, qualquer cidadão da localidade[27] podem requerer ao Poder Judiciário a troca de sujeito e, por conseguinte, a atribuição da prestação a outro ente. Se é possível a troca de sujeito involuntária, também é possível a troca de sujeito voluntária. Se o município percebe que não tem, temporariamente, condições de prestar o serviço, está habilitado a, de ofício, solicitar a outro ente que o preste. Essa possibilidade já decorria do inciso IX do art. 23 da Constituição e,

---

[25] É a consagrada lição de Carlos Maximiliano (1997): "Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, a que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo".

[26] Dependendo das circunstâncias, se nenhum ente público estiver apto a prestar o serviço, é teoricamente possível que a ponderação exija que seja imputada a prestação a um ente privado. É, por isso, absolutamente acertada a observação de Marçal Juste Filho: "O que não significa (a afirmação de que a promoção do saneamento básico é um dever do Estado brasileiro) que seja apenas e exclusivamente um dever estatal. Trata-se de um dever que se impõe a todos. Bem por isso, poderá conduzir à imposição de obrigações a sujeitos privados, tanto quanto a entes estatais".

[27] Oportuna a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) sobre a importância de ter assente a noção de interesse público: "De um lado, enseja mais facilmente desmascarar o mito de que interesses qualificados como públicos são insuscetíveis de serem defendidos por particulares (salvo em ação popular ou civil pública) mesmo quando seu desatendimento produz agravo pessoalmente sofrido pelo administrado, pois aniquila o pretenso calço teórico que arrimaria: a indevida suposição de que os particulares são estranhos a tais interesses, isto é: o errôneo entendimento de que as normas que os contemplam foram editadas em atenção a interesses coletivos, que não lhes diriam respeito, por irrelatos a interesses individuais". Prevalece, infelizmente, na doutrina e na jurisprudência que caracterizado o direito como difuso ou coletivo descaracterizado está o direito subjetivo. Entendimento que viola escancaradamente o texto constitucional. Havendo prejuízo ao bem jurídico tutelado (e ninguém há de negar que a saúde do indivíduo é um bem jurídico tutelado), o indivíduo tem direito de recorrer ao Judiciário para ver cumprida a exigência normativa de proteção ao seu direito.

pois, do modelo federativo originariamente previsto. Assim, o art. 241 da Constituição, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 19/98, ao prever a possibilidade de efetivação da troca de sujeito voluntária é constitucional porque, nesse aspecto, nada mais fez do que explicitar o que já era possível pelo texto originário. Vale dizer: a celebração de consórcios públicos e de convênios de cooperação é constitucionalmente possível quando por meio desses atos administrativos bilaterais o ente federativo que não se encontra em condições de cumprir sua missão constitucional voluntariamente procura outro ente ou entes e efetua, por comum acordo, a troca de sujeito.

Pelo postulado da proporcionalidade, mais precisamente, pelo subpostulado da necessidade[28] o meio de concretização eleito não será necessário se existir outro que, de forma tão eficaz quanto ele, acarrete menor limitação dos outros princípios incidentes. Deveras, esse subpostulado exige que, quando seja necessária a troca de sujeito haja, sempre que possível, apenas o parcial afastamento do ente inicialmente detentor da titularidade do serviço. A solução proposta pelo constituinte no art. 241 da Constituição e na Lei Federal dos Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/05) dá cumprimento a essa exigência. O ente federativo inicialmente competente para prestar o serviço junto com o ente para o qual a prestação é transferida criam um novo ente e atribuem a ele a gestão do serviço. Participam do novo ente as duas entidades federativas e há apenas parcial afastamento da regra constitucional de competência.[29]

É necessário enfatizar: o exercício por um ente federativo da competência constitucional privativa de outro ente federativo não é arbitrário, exige vários pressupostos. A troca de sujeito, total ou parcial, deve ser a exigência da ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas. Quer dizer: o ente titular da competência não deve ter condições de exercê-la. Se o ente tiver condições de exercer sua competência, a transferência, parcial ou total, é obviamente inconstitucional. Além disso, a impossibilidade deve ser transitória. A troca é uma medida excepcional, viável apenas para a adequada tutela de valores exigidos pelo texto constitucional, ela só se justifica pelo tempo necessário para que o ente titular da competência encontre condições de cumpri-la. A troca não pode ser perpétua. Pode-se, então, afirmar: há mais vinculação do que discricionariedade na troca de sujeito. Feitas essas obser-

[28] É riquíssima a bibliografia sobre o postulado da proporcionalidade. Ver Martins (2004).

[29] Nos termos do art. 1º da Lei Federal nº 11.107/05 o consórcio público constitui uma associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. A segunda hipótese, atribuição de regime privado à associação de entidades federativas para prestação de serviços públicos, é teratologicamente inconstitucional — autêntica aberração, nas palavras do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello. Todas as entidades da federação que formam o consórcio devem participar da Assembleia Geral, prevista no inciso VII e no § 2º do art. 4º da lei mencionada. Assim, o afastamento da regra de competência, considerando a participação do ente federativo no órgão deliberativo da entidade constituída, é apenas parcial.

vações, possível se torna, finalmente, retomar a análise inicialmente proposta: o espírito da lei de saneamento básico é inconstitucional.

5. Inconstitucionalidade global da lei de saneamento básico

Da leitura do art. 241 da Constituição (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19), da Lei de Consórcios Públicos (Lei Federal nº 11.107/05) e da Lei de Saneamento Básico (Lei Federal nº 11.445/07)[30] percebe-se que a intenção do legislador não foi tornar expressa no direito positivo a teoria da troca de sujeito. Foi possibilitar, como livre escolha política dos titulares dos respectivos poderes Legislativo e Executivo, a transferência ou compartilhamento de competências constitucionais privativas.

Por tudo que se expôs no início deste estudo, o art. 241, para ser constitucional, para não ofender a cláusula pétrea da forma federativa, deve ter seu alcance limitado à efetivação da troca de sujeito. Vale dizer: deve permitir efetivar as exigências da ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas nos casos em que um ente federativo não consiga, transitoriamente, exercer a competência que lhe foi atribuída, e o exercício dessa competência for necessário para a adequada tutela de valores constitucionais fundamentais, cuja postergação da concretização não for mais admitida. A possibilidade dessa efetivação já constava implicitamente do texto originário e, por isso, nada há de inconstitucional em torná-la expressa. Agora, permitir que as entidades, por livre vontade política dos poderes constituídos, independentemente dos pressupostos da teoria da troca de sujeito, alterem a divisão constitucional de competências, equivale a permitir a livre alteração do modelo federativo adotado. Nem o "constituinte" reformador, ou seja, nem emenda constitucional pode tanto, muito menos lei infraconstitucional ou ato administrativo bilateral.[31]

---

[30] O legislador, na Lei nº 11.445/07, não definiu quem é o titular da competência para prestar o serviço de saneamento básico. Ao referir-se à titularidade do serviço valeu-se sempre do plural: titulares (*v. g.*, art. 8º). O texto normativo, contudo, em diversas passagens, deixa claro um pendor pela substituição ou pelo compartilhamento. No inciso II do art. 3º conceitua a gestão associada como "associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal". No inciso VI conceitua prestação regionalizada como "aquela em que um único prestador atende a dois ou mais titulares". O art. 8º dispõe: "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 nº 11.107, de 6 de abril de 2005". O art. 12 reza: "Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e fiscalização". A transcrição desses dispositivos é mais do que suficiente para fundamentar a asserção: nada há de excepcional para o editor desse diploma normativo na transferência ou compartilhamento de competências privativas.

[31] Os doutrinadores que se debruçaram sobre a Lei de Consórcios Públicos, porém, não vislumbram essa inconstitucionalidade. Admitem a possibilidade de transferência e compartilhamento não excep-

É evidente que um ente federativo não pode passar para outro suas competências privativas, nem mesmo compartilhá-las, salvo quando essa transferência ou esse compartilhamento forem exigidos pela ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas ou forem expressamente permitidas pelo constituinte originário (autorização dada, por exemplo, no parágrafo único do art. 22). Do contrário, o modelo federativo constitucionalizado seria um castelo de areia, algo deixado à livre disposição dos entes federativos. A petrificação do modelo federativo adotado impede atribuir ao art. 241 o alcance que, num primeiro momento, seu texto parece ter. Enfim: os pressupostos da troca de sujeito estão na base da transferência ou compartilhamento, não expressamente autorizados, de competências privativas e qualquer flexibilização desses pressupostos é inconstitucional.

A conclusão parece tão evidente que justifica perguntar: por que esse modelo flagrantemente inconstitucional foi introduzido nos textos normativos? Qual a razão para tamanho menoscabo à Constituição vigente? Vislumbra-se uma razão para a decisão política que deu origem às Leis Federais nº 11.107/05 e nº 11.445/07. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostrou na pesquisa de informações básicas municipais, realizada em 2006, a existência de 5.564 municípios no Brasil.[32] Qualquer brasileiro que não seja completamente alienado sabe que muitos desses municípios não têm a mínima condição de existência. Por que existem? Por um infeliz acordo político, pois a criação de um município importa a instituição de uma casa legislativa e a organização de um Executivo, vale dizer, importa em dezenas de cargos públicos.[33] Esses municípios não possuem condições

cional de competências, entre outros: Justen Filho; Marques Neto; Medauar e Oliveira; e Harger. A posição defendida neste artigo é minoritária. Sem embargo, para quem pensa que só a maioria tem razão, é bom lembrar o histórico exemplo de Galileu Galilei: como todos sabem, ele foi obrigado pela Igreja a abandonar publicamente a ideia de que a Terra girava em torno do sol e de que este permanecia imóvel, tese, posteriormente, comprovada por Johannes Kepler. É o que basta para desacreditar a onissapiência da maioria, principalmente no campo científico.

[32] IBGE (2006).

[33] A criação inválida de municípios é um grave problema do Estado brasileiro. Tanto que o constituinte originário foi rigoroso ao estabelecer os pressupostos para criação de novos municípios no § 4º do art. 18. Exigia-se que: a criação se desse por lei estadual; obedecesse aos requisitos previstos em lei complementar estadual; houvesse consulta prévia, mediante plebiscito, à população diretamente interessada. Mesmo assim o rigor mostrou-se insuficiente. Daí a nova redação dada ao dispositivo pela Emenda Constitucional nº 15/96, instituindo-se mais exigências. Pela redação atual faz-se necessário: criação por lei estadual; obediência a limite temporal fixado em lei complementar federal — a criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios só pode ocorrer no período fixado na lei complementar federal; obediência aos requisitos genéricos fixados em lei federal; apresentação e publicação dos estudos de viabilidade municipal e, assim, apuração prévia da viabilidade; consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios envolvidos e não mais apenas da população diretamente interessada. Conforme Moraes (2002). Sobre o assunto decidiu o STF: "Da regra do art. 18, § 4º, da CF resulta, por inferência lógica, que, no processo de criação de municípios, a verificação dos requisitos objetivos de admissibilidade da emancipação há de preceder à realização do plebiscito" (STF — Pleno — ADI 222/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgada em 24 de maio de 1990, DJ de 6 de setembro de 1991, p. 12.035, RDA 189/148). Ademais, o STF é enfático em relação à impossibilidade de criação de municípios enquanto inexistir lei complementar federal: STF, Plenário, ADI 3689/PA, rel. min. Eros

financeiras de prestar os serviços exigidos pelo texto constitucional. E o que é pior: não é uma questão transitória. Em muitos casos não é possível sequer prever quando essas entidades terão condições de cumprir sua missão constitucional. Mais: é possível apostar, para muitos deles, que jamais terão condições jurídicas e econômicas de prestar os serviços a eles imputados. Diante dessa situação, o que fazer tendo em vista que o serviço de saneamento básico é essencial para uma vida digna?

Os autores do modelo ora impugnado apresentaram aos governantes uma solução. Fizeram-no não como cientistas, mas como advogados. Cientificamente, se uma entidade, considerado o grau de autonomia atribuído a ela pelo texto originário, não tem a mínima possibilidade de cumprir suas missões constitucionais, se não há meio de ter autonomia financeira, de sobreviver por si, só há uma solução: ela deve ser extinta! Não há por que tampar o sol com a peneira, não há por que insistir na manutenção da entidade apenas para que os titulares dos cargos não percam seu poder, seu subsídio. Do ponto de vista científico é impossível tergiversar: nesses casos, de duas, uma, ou a criação da entidade foi inválida — desde o momento da criação do ente a sua suposta autonomia inexistia no mundo fenomênico, sua autonomia sempre foi uma ficção — ou a invalidade foi superveniente à criação — por circunstâncias posteriores à instituição da entidade, sua autonomia tornou-se inviável. Nos dois casos, o sistema normativo exige que a entidade federativa seja extinta.

A solução jurídica correta não é a permissão de transferência ou de compartilhamento de competências. O signo "cooperação" da expressão "federalismo cooperativo" não tem por conteúdo semântico a substituição. Cooperar é ajudar, não é substituir. A solução jurídica correta, nesses casos de impossibilidade não momentânea, não excepcional, mas permanente, de cumprir os deveres constitucionais, é a extinção da entidade federativa.

Como se afirmou no início: este artigo tem pretensão científica e não advocatória e, pois, não titubeia em afirmar que o espírito da Lei Federal de Consórcios Públicos e da Lei de Saneamento Básico é marcado pela inconstitucionalidade. Ambos os diplomas partem do pressuposto de que é livre a modificação das competências fixadas no texto constitucional: ignoram que o modelo federativo adotado pelo constituinte de 1988 é cláusula pétrea, insuscetível de ser alterado. Dito isso, resta apenas registrar duas esperanças. Primeira: tomara que o Ministério Público impugne a existência dessas entidades faticamente desprovidas de auto-

Grau, julgada em 10 de maio de 2007, v.u., DJ de 29 de junho de 2007, p. 22; ADI 3316/MT, rel. min. Eros Grau, julgada em 9 de maio de 2007, v.u., DJ de 29 de junho de 2007, p. 21. Referidos julgados foram aqui mencionados apenas para ilustrar o quanto a criação de municípios foi dificultada pelo constituinte, dificuldades essas constantemente reafirmadas pelo STF. Pois bem, a reforma constitucional tardou. Daí o problema: o que fazer com todas as entidades que, apesar de completamente destituídas de viabilidade jurídica para existir, foram indevidamente instituídas? Do ponto de vista científico, não há dúvida: devem ser extintas.

nomia e exija do Poder Judiciário a invalidação da respectiva criação, no caso de invalidade pretérita, ou sua derrubada, no caso de invalidade superveniente. Segunda: que o Judiciário cumpra seu papel, não se arrefeça perante essas entidades aberrantes, não se constranja diante dos cargos políticos instituídos, faça valer a Constituição, determinando a incorporação dessas supostas entidades federativas ao território dos municípios contíguos que possuam existência válida.

6. Conclusões

Fixou-se como ponto de partida a necessidade do exame da titularidade do serviço de saneamento básico obedecer ao postulado da supremacia da Constituição. O federalismo é princípio estruturante da ordem constitucional vigente. Inexiste uma forma federativa universal: é o constituinte que fixa o significado, para a respectiva ordem jurídica, do federalismo. Observado um núcleo essencial, o constituinte é livre para estabelecer o que vem a ser o federalismo no ordenamento vigente e o faz não só pela indicação das entidades federativas que compõem o Estado federal, mas, principalmente, pelo estabelecimento e distribuição das competências entre as entidades. Na Constituição brasileira de 1988 há três particularidades dignas de nota: os municípios possuem autonomia federativa; a forma federativa é cláusula pétrea; e vigora um modelo de federalismo cooperativo. Da segunda particularidade extraíram-se duas conclusões. Primeira: a alteração das competências fixadas no texto constitucional só é possível quando não importar na alteração do modelo federativo adotado; na dúvida, a alteração é vedada. Noutras palavras: a Constituição permite tão somente modificações que mantenham a organização escolhida, que respeitem o grau de autonomia atribuído a cada uma das entidades. Segunda: é o texto originário que dá a dimensão do modelo cooperativo adotado, modelo que, por estar petrificado, não pode ser desnaturado pelo poder reformador.

Fixadas tais premissas, passou-se à análise do tema central. Adotou-se o conceito legal de serviço de saneamento básico: é o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas. Trata-se de serviço de titularidade municipal: as atividades que o compõem interessam predominantemente ao município.

No caso, dissocia-se a titularidade do serviço da titularidade dos recursos naturais necessários à prestação do serviço: o serviço, por ser predominantemente local, é privativo dos municípios, mas a água, necessária para prestação dos serviços, é estadual ou federal. Concluiu-se: quando um ente federativo tem competência privativa para prestar um serviço e para tanto necessita usar um bem de outro

entre federativo, a outorga do uso desse bem passa a ser vinculada: não pode o ente titular do bem recusar, se atendidas as exigências legais (que devem ser razoáveis), recusar a outorga do uso ao ente que deve prestar o serviço.

As competências normativas atribuídas à União, nos incisos XIX e XX do art. 21 e no inciso IV do art. 22, ambos da CF, não alteram a competência administrativa municipal para prestação do serviço. Para prestar o serviço de saneamento é, na maioria das hipóteses, necessário o uso de recursos hídricos. Deve, então, o prestador do serviço obter do ente titular do recurso hídrico a outorga do uso. Cabe privativamente à União definir critérios sobre a outorga do uso. Compete, também, privativamente à União, instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive saneamento básico. O constituinte usou "diretriz" como sinônimo da expressão "norma geral". Atribuir à União competência para editar normas gerais sobre o saneamento básico não equivale a atribuir a ela a titularidade do serviço de saneamento básico. Finalmente, compete privativamente à União legislar sobre águas. Ora, ter competência para legislar sobre o recurso hídrico necessário à prestação do serviço não equivale a ter competência para prestar o serviço.

Nas regiões metropolitanas os estados têm competência para impor condicionamentos exigidos pelo interesse regional; nelas os estados têm titularidade para prestar os serviços cuja prestação, em si, extravasa os limites territoriais do município, serviços que por sua própria natureza são intermunicipais. O serviço de saneamento básico não se encaixa nessa categoria: é serviço local, mesmo na região metropolitana. Conclusão: os municípios são os titulares do serviço de saneamento nas regiões metropolitanas, mas, ao prestá-lo, devem obedecer aos condicionamentos, justificados pelo interesse regional, impostos na legislação estadual.

Afastou-se o critério econômico como critério apto a definir a titularidade do serviço. Eventual demonstração de que a prestação dos serviços de saneamento básico pela União, pelo estado ou por uma associação de municípios é mais econômica do que a prestação do serviço isoladamente pelos municípios é irrelevante, pois não estão na base da classificação constitucional de competências apenas juízos econômicos: a titularidade pelo ente local faz com que a prestação do serviço esteja mais próxima do usuário. Conclusões econômicas desse tipo devem ser combatidas veementemente: são uma indiscutível afronta ao texto constitucional vigente.

Pela teoria da troca do sujeito, o Poder Judiciário, na ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas, verificando que o sujeito competente não exerce, além de um intervalo de tempo razoável, sua competência e que os princípios concretizados pelo exercício da competência exigem tutela imediata, pode empreender a troca de sujeito e imputar a competência a outrem. O inciso IX do art. 23 da CF não atribui a titularidade do serviço de saneamento básico concomitantemente a todos os entes, mas impõe expressamente a cooperação entre as entidades federativas. O dispositivo legitima, de modo incontestável, além da ajuda propriamente dita

(pela destinação de recursos, por exemplo), a troca de sujeito. Concluiu-se: diante do caso concreto, a prestação pode ser atribuída a um município vizinho, ao estado, a outro estado, à União, à associação de municípios, à associação de município e estado, aos particulares. Várias soluções são possíveis, a depender da ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas.

A teoria da troca de sujeito foi inicialmente formulada tendo em vista a troca involuntária, determinada pelo Poder Judiciário quando provocado. Mas se é possível a troca de sujeito involuntária, também é possível a troca de sujeito voluntária. Se o município percebe que não tem, temporariamente, condições de prestar o serviço, está habilitado a solicitar a outro ente que o preste. A celebração de consórcios públicos e de convênios de cooperação é constitucionalmente possível quando por meio desses atos administrativos bilaterais o ente federativo que não se encontra em condições de cumprir sua missão constitucional voluntariamente procura outro ente ou entes e efetua, por comum acordo, a troca de sujeito. Pelo postulado da proporcionalidade o meio de concretização eleito não será necessário se existir outro que, de forma tão eficaz quanto ele, acarrete menor limitação dos outros princípios incidentes. A solução proposta pelo constituinte reformador no art. 241 da Constituição e pelo legislador na Lei Federal dos Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/05) dá cumprimento a essa exigência: o ente federativo inicialmente competente para prestar o serviço juntamente com o ente para o qual a prestação é transferida criam um novo ente e atribuem a ele a gestão do serviço. Participam do novo ente as duas entidades federativas e, pois, há apenas parcial afastamento da regra constitucional de competência.

O exame das Leis Federais nº 11.107/05 e nº 11.445/07 indica que a intenção do legislador não foi tornar expressa no direito positivo a teoria da troca de sujeito, mas sim possibilitar, como livre escolha política dos titulares dos respectivos poderes Legislativo e Executivo, a transferência ou compartilhamento de competências constitucionais privativas. Permitir que as entidades, por livre vontade política dos poderes constituídos, independentemente dos pressupostos da teoria da troca de sujeito, alterem a divisão constitucional de competências, equivale a permitir a livre alteração do modelo federativo adotado. O espírito desses diplomas normativos é, por isso, marcado pela inconstitucionalidade.

O motivo da decisão política que deu origem a esses diplomas normativos é a invalidade da existência de vários municípios: eles, de fato, não têm a mínima condição de cumprir a missão constitucional que lhes foi imposta. A saída cientificamente correta não é permitir a livre alteração da divisão de competências constitucionalmente fixada e, por decorrência, a alteração do modelo federativo petrificado, mas a extinção dessas entidades aberrantes. Entidade federativa que não tem a mínima condição de cumprir sua missão constitucional não deve ser substituída por outra, deve ser extinta.

Referências

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. *Direito do saneamento*: introdução à Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei Federal n. 11.445/2007). Campinas: Millennium, 2007.

ALVES, Alaôr Caffé. *Planejamento metropolitano e autonomia municipal no direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1981.

_____. *Saneamento básico*: concessões, permissões e convênios públicos. Bauru: Edipro, 1998.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Características comuns do federalismo. In: BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 39-52.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro*: o problema da federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. Saneamento básico: competências constitucionais da União, estados e municípios. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres. *A teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, José Nilo de. *Morte ou ressurreição dos municípios?* Rio de Janeiro: Forense, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer sobre o Projeto de Lei n. 5.296 de 2005 sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. *Revista Jurídica da Casa Civil da Presidência da República*, Brasília, v. 7, n. 72, p. 1-20, maio 2005. Disponível em: <www.planalto.gov.br >.

HARGER, Marcelo. *Consórcios públicos na Lei n. 11.107/05*. São Paulo: Fórum, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

IBGE — Coordenação de população e indicadores sociais. *Pesquisa de informações básicas municipais.* Rio de Janeiro: IBGE, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer sobre o Projeto de Lei n. 5.296 de 2005 sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. *Revista Jurídica da Casa Civil da Presidência da República*, Brasília, v. 7, n. 72, maio 2005a. Disponível em: <www.planalto.gov.br >.

_____. Parecer sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, jul./ago./set. 2005b. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, jul./ago./set. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Função administrativa I. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 41, p. 174-206, 2003.

_____. A norma iusfundamental. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 4, p. 526-576, jul./dez. 2004.

_____. As normas gerais de direito urbanístico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 67-87, jan./mar. 2005.

_____. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, no prelo.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954. v. I.

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos*: comentários à Lei n. 11.107/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Competência urbanística municipal e competência da União em matéria de telecomunicações: interferências. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 43, p. 26-35, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado federal*. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. *Um novo pacto federativo para o Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TÁCITO, Caio. Saneamento básico — região metropolitana — competência estadual. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, p. 323-396, jul./set. 1998.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Os serviços públicos de eletricidade e a autonomia municipal*. Prefeitura do Município de São Paulo, 1950.

_____. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Apêndice
A questão do município de São Paulo

A questão da titularidade dos serviços de saneamento básico vem suscitando em várias localidades do país verdadeira guerra jurídica. Menciona-se, como exemplo, o município de São Paulo. A Lei Complementar Estadual nº 94/74 determinou, no art. 2º, que o "saneamento básico, notadamente abastecimento de água e rede de esgotos e serviço de limpeza urbana", são "serviços comuns de interesse metropolitano". O inciso V do art. 3º desse diploma atribuiu ao estado competência para "a concessão, permissão e autorização dos serviços comuns de interesse metropolitano e a fixação das respectivas tarifas". Quer dizer: essa lei atribuiu ao estado de São Paulo a titularidade desses serviços.

Uma observação: a Lei Federal nº 6.528/78, ao disciplinar o Planasa, Plano Nacional de Saneamento Básico, concedeu isenção dos impostos federais às companhias estaduais de saneamento básico. Do diploma federal extraía-se que o serviço de saneamento deveria ser prestado por essas companhias. Cada estado

da federação instituiu um ente: Copasa (Minas Gerais); Embasa (Bahia); Corsan (Rio Grande do Sul); Sanesul (Mato Grosso do Sul); Casan (Santa Catarina); Cedae (Rio de Janeiro); Sanacre (Acre); Sanepar (Paraná); Agespisa (Piauí); Caesb (Distrito Federal); Cagepa (Paraíba); Caesa (Amapá); Sabesp (São Paulo); Cagece (Ceará); Sanemat (Mato Grosso); Deso (Sergipe); Compesa (Pernambuco); Saneago (Goiás); Cesan (Espírito Santo); Cosama (Amazonas); Cosanpa (Pará); Caema (Maranhão); Casal (Alagoas); Caern (Rio Grande do Norte); Caerd (Rondônia) e Caer (Roraima). Prevaleceu o entendimento de que o Planasa não importava na supressão da titularidade dos municípios. Era apenas facultado a eles contratarem as empresas estaduais.

Nesse sentido, muito didáticas as considerações de Marçal Justen Filho:

> Sob o ponto de vista jurídico, a existência da Planasa não significava a supressão da titularidade da competência municipal para a prestação dos serviços públicos de saneamento. Mas facultava aos municípios participar de projetos comuns entre todas as órbitas da federação, que lhe assegurariam investimentos e tecnologias indispensáveis à superação das dificuldades locais. Talvez se pudesse configurar o Planasa como uma grande manifestação de convênio entre a União, os estados e os municípios, tendo por objeto o desenvolvimento das políticas e das intervenções indispensáveis à implantação de infraestruturas fundamentais no tema do saneamento. Como toda manifestação dotada dessa natureza jurídica, o Planasa não apresentava cunho compulsório. Nenhum município seria constrangido a participar desse programa. Aliás, a intrínseca autonomia política das entidades federativas era incompatível com a concepção da compulsoriedade. (...) Essa solução de cunho associativo se traduziu na implantação de entidades administrativas dotadas de autonomia formal. Foram as companhias estaduais de saneamento, estabelecidas como sociedades de economia mista sob controle estadual, mas vocacionadas à prestação de serviços públicos de titularidade municipal. Observe-se que a assunção dos serviços públicos de saneamento por parte das companhias estaduais dependia da adesão dos municípios ao projeto comum, retratando uma forma de participação no convênio interfederativo.

A Sabesp passou a prestar o serviço em quase todos, senão em todos, os municípios do estado de São Paulo. Em seu site informa que está presente em 367 municípios do estado (ver: <www.sabesp.com.br>). Muitos celebraram convênio, outros firmaram "contrato de concessão". No município de São Paulo, atualmente, pelo que consta, não há nenhum ato administrativo que atribua a prestação do serviço à Sabesp. Ela presta o serviço sob o argumento de que se trata de região metropoli-

tana. Sobre o tema, ver Alves (1981). Esse professor paulista foi diversas vezes contratado pela Sabesp para se manifestar sobre o assunto, tanto que publicou uma coletânea de pareceres sob o título *Saneamento básico*: *concessões, permissões e convênios públicos*. Pela análise efetuada nesse estudo, do texto constitucional extrai-se que a titularidade é municipal. A Lei Complementar Estadual nº 94/74, portanto, em relação a essa questão, não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Diante disso, o município de São Paulo editou a Lei nº 13.670, de 25 de novembro de 2003, disciplinando a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no âmbito municipal. Autorizou, por exemplo, a concessão desses serviços pelo município de São Paulo. O estado de São Paulo propôs ação direta de inconstitucionalidade, que recebeu nº 109.600.0/3-00. O TJSP declarou a inconstitucionalidade da referida lei municipal sob o argumento, justamente, de que nas regiões metropolitanas o serviço de saneamento básico é de interesse regional e, por isso, de titularidade do estado (Tribunal de Justiça de São Paulo, Plenário, ADI nº 109.600.0/3, rel. des. Walter de Almeida Guilherme, 20 de abril de 2005. O município interpôs Recurso Extraordinário, de nº 539.253, que aguarda julgamento).

Apesar de considerar que o serviço de saneamento básico nas regiões metropolitanas é de titularidade estadual, o Tribunal de Justiça de São Paulo, quando aprecia questões de responsabilidade civil relacionadas ao serviço de saneamento, sempre condena o município e não o estado. Apenas a título de exemplo:

> A municipalidade responde por prejuízos a estabelecimento industrial, decorrentes da má conservação de bueiros e galerias de águas pluviais e da omissão de obras indispensáveis de limpeza e regularização das margens e do leito de rio.
>
> (TJSP — 2ª Câmara, Ap., relator des. Gonzaga Júnior, julgada em 5 de dezembro de 1978, RT 528/74)

> Compete ao poder público municipal proceder à limpeza de galerias e bueiros, mantendo em ordem o equipamento urbano dessa natureza, pois, caso contrário, deve ser inteiramente ressarcido o dano sofrido pelo particular, pela inundação causada por águas pluviais, quando não se comprove qualquer causa excludente dessa responsabilidade, seja a título de caso fortuito, seja em nome de força maior.
>
> (TJSP — 5ª Câmara, Ap., rel. des. Márcio Bonilha, julgada em 21 de março de 1985, RT 597/66)

Esses exemplos foram extraídos de Stoco (2007). O saneamento básico, nos termos expostos, compreende: abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; drenagem e manejo de águas

pluviais urbanas. A Sabesp e o estado de São Paulo defendem com energia a titularidade do abastecimento de água, mas não são tão obstinados na defesa da titularidade da limpeza urbana e da drenagem de águas pluviais.

A questão traz à tona duas tristes conclusões: primeiro, é triste, mas é o dinheiro que está por trás da briga pela titularidade dos serviços — justamente por isso o serviço de drenagem, pouco rentável, é chamado pela doutrina de "*patinho feio* dos serviços de saneamento" (Alochio); segundo, é triste, mas a jurisprudência brasileira, ao contrário do que ocorre na Alemanha, na Espanha e na França, é fonte pobre quando se trata de questões atinentes ao direito administrativo. Naqueles países a grande fonte desse ramo da dogmática é a jurisprudência, no Brasil a grande fonte é a doutrina.