

ano 13 - n. 53 | julho/setembro - 2013
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Cobrança de tarifa independentemente da conclusão do mecanismo de tratamento do esgoto. Exame dos aspectos de constitucionalidade e legalidade

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutora, Mestre e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procuradora aposentada do Estado de São Paulo. Advogada.
E-mail: <ms.pietro@uol.com.br>.

Sumário: Resumo – **1** Da consulta – **2** Parecer – **3** Inexistência de afronta ao Código de Defesa do Consumidor – **4** Jurisprudência – **5** Resposta aos quesitos

Interessado: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP).

Assunto: Cobrança de tarifa independentemente da conclusão do mecanismo de tratamento do esgoto. Exame dos aspectos de constitucionalidade e legalidade.

Resumo

1 O fato de o tratamento do esgoto ser implantado aos poucos é absolutamente irrelevante para fins de fixação e cobrança da tarifa, já que esta é definida pelo critério do custo e a própria Lei nº 11.445/2007 coloca como uma das previsões obrigatórias nos contratos de concessão de serviço de saneamento básico a fixação de *metas progressivas e graduais* de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência, além da definição das *prioridades de ação* compatíveis com as metas estabelecidas (art. 11, §2º, II da Lei nº 11.445/2007).

2 A implantação do serviço só pode ocorrer paulatinamente, por exigir atividades prévias de infraestrutura e instalações de alto custo e elevada tecnologia.

Não há exigência legal de, imediatamente após a celebração do contrato, ser assegurado, em 100%, o abastecimento de água e o esgotamento sanitário com todas as atividades que nele se inserem.

3 No serviço público de saneamento básico, a fixação da tarifa tem que atender a dois aspectos: o *econômico*, na medida em que, além de observar o princípio da modicidade tarifária, tem que garantir a sustentabilidade e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público, conforme art. 11, §2º da Lei nº 11.445/2007, e o *social*, na medida em que tem que assegurar a universalidade do direito de acesso ao serviço, especialmente para populações e localidades de baixa renda, conforme art. 3º, VII da Lei nº 11.445/2007, levando em consideração, na estrutura da remuneração e cobrança dos serviços, a capacidade de pagamento dos consumidores (conforme art. 30).

4 Os dois aspectos mencionados no item anterior impedem a equivalência aritmética entre o custo para o usuário e o benefício por ele usufruído, razão pela qual a tarifa pode ser cobrada pelo seu valor total, mesmo que o serviço não esteja implantado e em funcionamento em todas as suas etapas.

5 A estrutura tarifária adotada pela SABESP é definida com fundamento em normas legais e regulamentares que disciplinam a prestação do serviço público de saneamento básico, de tal forma a garantir a universalidade de acesso, inclusive às populações de menor poder aquisitivo, a sustentabilidade e o equilíbrio econômico-financeiro, bem como a modicidade tarifária. Por isso mesmo, ela não afronta o Código de Defesa do Consumidor.

1 Da consulta

A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São (SABESP) formula consulta a respeito da constitucionalidade e legalidade de cobrança de tarifa, pelo seu valor global, mesmo que não esteja concluído o mecanismo de tratamento de esgoto.

Justifica-se a consulta tendo em vista que inúmeras ações judiciais vêm sendo propostas, inclusive pelo Ministério Público, questionando o pagamento da tarifa de esgotos e pleiteando repetição de indébito, por ausência do respectivo tratamento.

Para fins de elaboração do parecer, a SABESP formula os seguintes quesitos:

1. *A Lei nº 11.445, de 05.01.2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, exige que a tarifa de esgoto somente seja cobrada quando todo o mecanismo do tratamento do esgoto esteja concluído?*

2. *Há incompatibilidade entre o escopo das normas federais vigentes (Lei Federal nº 11.445/2007 e o Decreto Federal nº 7.217/2010), aplicáveis à matéria, e a interpretação normativa imposta pelo Decreto Estadual nº 41.446/96?*
3. *O Decreto Estadual nº 41.446/96, a Lei Federal nº 11.445/2007 e o Decreto Federal nº 7.217/2010 estão dispostos dentro dos comandos constitucionais no que tange à cobrança tarifária?*
4. *O Decreto Federal nº 7.217/2010 estabelece que há serviço público de esgotamento sanitário quando existente qualquer das atividades que integram o procedimento de esgotamento sanitário; diante disso, a prestação parcial permite a cobrança referente à tarifa de esgoto na sua integralidade?*
5. *Há efetiva prestação do serviço de esgotamento sanitário apta a ensejar a cobrança da tarifa de esgoto, se existente uma das atividades elencadas no art. 9º do Decreto Federal nº 7.217/2010, bem como na forma estipulada pela Lei Federal nº 11.445/2007?*
6. *A estrutura tarifária adotada pela SABESP afronta o Código de Defesa do Consumidor (CDC)?*

2 Parecer

2.1 Delimitação da consulta diante do direito positivo

Como se verifica pelos quesitos formulados, a consulta envolve fundamentalmente duas grandes questões:

- a) a possibilidade de cobrança do valor integral da tarifa, mesmo que não concluído o tratamento do esgoto, diante das normas da Lei Federal nº 11.445/2007 e respectivo regulamento aprovado pelo Decreto Federal nº 7.217/2010;
- b) a compatibilidade entre o Decreto Estadual nº 41.446/96 e as normas federais citadas no item anterior.

As questões envolvendo a prestação do serviço público de saneamento básico pela SABESP e a fixação da respectiva tarifa, em termos de legislação, podem ser analisadas em relação a pelo menos duas fases relevantes para análise dos quesitos propostos:

- a) a primeira teve início na vigência da Constituição de 1967, quando foi promulgada a Lei Federal nº 6.528, de 11.05.78, dispondo sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico;

b) a segunda, já na vigência da Constituição de 1988, teve início com a promulgação da Lei Federal nº 11.445, de 05.01.2007, que estabelece diretrizes para o saneamento básico e, entre outras medidas, revoga a Lei nº 6.528/78; a nova lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.217, de 21.06.2010.

O parecer será elaborado levando em consideração as duas fases, já que alguns contratos de concessão com a SABESP foram celebrados na primeira fase e têm que ser respeitados, pela aplicação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. No entanto, as conclusões são praticamente as mesmas quanto à possibilidade de cobrança do valor integral da tarifa, mesmo que não efetuado o tratamento do esgoto, tendo em vista que o Decreto Estadual nº 41.446, de 16.12.96, que regula o sistema tarifário dos serviços prestados pela SABESP, foi recepcionado pela legislação posterior.

2.2 Período de vigência da Lei nº 6.528/78

Já tivemos oportunidade de elaborar parecer, a pedido da SABESP, em dezembro de 2000, antes, portanto, da Lei Federal nº 11.445, de 05.01.2007, e seu Regulamento, baixado pelo Decreto nº 7.217, de 21.06.2010.

O parecer foi elaborado à vista de ação civil pública em que o Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio de seu representante na comarca de Franca, pleiteava a declaração da ilegalidade da cobrança de tarifa de coleta e tratamento de esgotos e a devolução das quantias auferidas desde o início da cobrança dos referidos serviços.

O parecer foi proferido levando em conta, de um lado, a inserção do serviço prestado pela SABESP no Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), e, de outro lado, a lei municipal que autorizou o Município de Franca a celebrar contrato de concessão com a SABESP, para implantação, ampliação, administração e exploração, com exclusividade, dos *serviços de abastecimento de água e de coleta e destino final de esgotos sanitários do município*.

Isto porque a instituição da SABESP, pela Lei nº 119, de 29.06.73, se inseriu na política nacional de saneamento implementada mediante o PLANASA. Em consonância com essa política, haveria uma ação conjunta da União, Estados e Municípios para instalar serviços municipais de saneamento, cabendo ao governo federal liberar recursos sob a forma de financiamentos, com verbas provenientes do FGTS, gerido pelo Banco Nacional de Habitação (BNH); aos Estados caberia a instituição de entidade com a incumbência de prestar os serviços de saneamento

em todo o Estado; e, aos Municípios, fazer a concessão desses serviços à referida entidade criada pelo Estado.

Na oportunidade em que foi proferido o aludido parecer, vigorava a Lei Federal nº 6.528, de 11.05.78, que dispunha sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico. Por essa lei, ficou determinado que:

- a) caberia ao Poder Executivo, através do Ministério do Interior, estabelecer as condições de operação dos serviços públicos de saneamento básico integrados ao PLANASA;
- b) caberia ao mesmo Ministério estabelecer normas gerais de tarifação (art. 1º, parágrafo único, inciso I);
- c) aos Estados, por meio de suas companhias estaduais de saneamento básico, caberia realizar estudos para fixação das tarifas (art. 2º);
- d) as tarifas obedeceriam ao regime do serviço pelo custo (art. 2º, §2º) e levariam em conta a viabilidade do equilíbrio econômico-financeiro das companhias estaduais de saneamento básico e a preservação dos aspectos sociais dos respectivos serviços, de forma a assegurar o adequado atendimento dos usuários de menor consumo, com base em tarifa mínima (art. 4º).

A legislação tinha fundamento no art. 167 da Constituição Federal de 1967, então vigente, que assim dispunha:

Artigo 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

A Lei nº 6.528/78 foi regulamentada pelo Decreto nº 82.587/78, que, dentre outras normas, definiu os objetivos do PLANASA, atribuiu competências e estabeleceu normas sobre tarifas, exigindo a sua diferenciação segundo as categorias de usuários e faixas de consumo, assegurando o subsídio dos usuários de maior para os de menor poder aquisitivo, assim como dos grandes para os pequenos consumidores.

Vários Municípios aderiram às normas do PLANASA e ao Programa Estadual de Águas e Esgotos, que tinham um caráter essencialmente social, expresso no

art. 4º da Lei Federal nº 6.529/78, já que visava, de um lado, assegurar a “viabilidade do equilíbrio econômico financeiro das Companhias Estaduais de Saneamento Básico” e, de outro, preservar “os aspectos sociais dos respectivos serviços, de forma a assegurar o adequado atendimento dos usuários de menor consumo com base na tarifa mínima”.

Em consonância com essa lei, a fixação da tarifa era feita pelo critério do custo, também expresso no art. 2º, §2 da Lei nº 6.528/78. Esse custo abrange, nos termos do art. 167 da Constituição de 1967, então vigente, “a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços” devendo assegurar “o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”.

Note-se que, no âmbito do Estado de São Paulo, a fixação da tarifa foi disciplinada inicialmente pelo Decreto nº 21.123, de 04.08.83, que regulamentava o sistema tarifário dos serviços prestados pela SABESP. Esse Decreto, que foi baixado para dar cumprimento à legislação federal então vigente, previu, no art. 1º, o regime tarifário para cobrança dos serviços de abastecimento de água e de coleta e disposição de esgotos pela SABESP. No art. 2º, fez a classificação dos usuários nas categorias residencial, industrial, pública e comercial, também em consonância com a legislação federal.

Posteriormente, a matéria passou a ser regulamentada pelo Decreto nº 41.446, de 16.12.96 (ainda hoje em vigor), cujo art. 2º determina que “será tarifário o regime de cobrança dos serviços de abastecimento de água, de coleta, disposição de esgotos bem como outros prestados pela SABESP, relacionados com seus objetivos”.

O art. 3º também faz a classificação dos usuários em categorias, abrangendo a residencial, a comercial, a industrial, a pública e uma última intitulada “outros”, para abranger as atividades excluídas das categorias anteriores. Essa classificação dos usuários em diferentes categorias não estava prevista na Lei nº 6.528/78, porém tinha fundamento na mesma, tendo em vista que seu art. 4º determinava que a fixação tarifária levaria em conta “a preservação dos aspectos sociais dos respectivos serviços, de forma a assegurar o adequado atendimento dos usuários de menor consumo, com base em tarifa mínima”. Vale dizer que o critério adotado foi o de estabelecer uma tarifa social, deixando para os Estados a tarefa de fixá-la, “através das companhias estaduais de saneamento básico” (art. 2º da mesma Lei nº 6.528/78).

E o art. 5º do Decreto nº 41.446/96 estabelece:

Artigo 5º Para efeito de cálculo da fatura/conta considerar-se-á volume de esgotos coletados no período, o correspondente ao de água faturada pela SABESP e/ou consumida de sistema próprio, medido ou avaliado pela SABESP.

Na vigência da legislação citada, proferimos parecer, cujo teor é transcrito, parcialmente, a seguir:

O fato de o tratamento do esgoto ter sido implantado aos poucos é absolutamente irrelevante. Em primeiro lugar, porque essa atividade não estava prevista na lei municipal e no contrato de concessão, tendo sido implantada por iniciativa da própria SABESP. Em segundo lugar, porque jamais se adotou, na fixação da tarifa, qualquer critério de proporcionalidade em relação às várias partes em que se desdobra o serviço de esgoto. Em terceiro lugar, porque a implantação desse serviço, a toda evidência, só poderia ocorrer aos poucos e foi exatamente para permitir a implantação e a expansão do serviço de saneamento a todos os Municípios, inclusive aos mais carentes, que se implantou o PLANASA e o Plano Estadual de Água e Esgotos. Ninguém poderia imaginar que, assinado o contrato, imediatamente seriam executadas todas as atividades concernentes ao saneamento, abrangendo o abastecimento de água, a coleta e destino final de esgotos sanitários, além do respectivo tratamento.

Trata-se de atividades que exigem implantação de estruturas adequadas, de alto custo e elevada tecnologia. Isto só pode ocorrer paulatinamente. Ninguém, em sã consciência, pode imaginar a possibilidade de, imediatamente após a celebração do contrato, ser assegurado, em 100%, o abastecimento de água, a coleta e o destino final do esgoto, além do respectivo tratamento. Por isso mesmo, o dispositivo constitucional citado fala em tarifas que permitam, entre outras coisas, *o melhoramento e a expansão dos serviços*.

Um pouco além, foi observado o seguinte:

As tarifas sempre foram fixadas em consonância com as normas federais e estaduais sobre a matéria, pelo critério do custo e na medida certa em que os serviços foram sendo implantados, melhorados e expandidos. Aliás, do próprio contrato consta, na cláusula primeira, que foi outorgado à SABESP o direito de *implantar, ampliar*, administrar e explorar os serviços de abastecimento de água e de coleta e destino final de esgotos sanitários no Município de Franca. Se o contrato previu a *implantação e ampliação* é porque o serviço era então inexistente. Pela execução desse serviço, a SABESP é remunerada por meio de tarifa, independentemente do serviço estar definitivamente implantado e em funcionamento em

todas as suas etapas. É exatamente para permitir a realização de serviços públicos excessivamente onerosos para os cofres públicos que se idealizou o instituto da concessão de serviço público, em que o custo do serviço fica por conta dos próprios usuários.

O entendimento adotado nesse parecer foi acolhido pelo STJ, no Recurso Especial nº 431.121- SP (2002/0048952-5), sendo Relator o então Ministro José Delgado, que, inclusive, o transcreveu, em sua fundamentação.

2.3 Período posterior à entrada em vigor da Lei nº 11.445/2007

2.3.1 Características do serviço público de saneamento básico

A Lei nº 6.528/78 foi revogada pelo art. 60 da Lei nº 11.445, de 05.01.2007. Daí o questionamento sobre a compatibilidade das normas do Decreto Estadual nº 41.446/96 com a nova legislação.

Na realidade, não existe qualquer incompatibilidade.

As principais características pertinentes ao serviço de saneamento básico, que decorrem da Lei nº 11.445/2007 e respectivo Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 7.217/2010, merecem ser realçadas:

- a) a atividade de saneamento é prevista como *serviço público* (art. 2º da Lei, e art. 2º, V e XI do Regulamento) e abrange, nos termos do art. 3º, I da Lei:
 - o abastecimento de água potável;
 - o esgotamento sanitário;
 - a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos;
 - a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas;
- b) o serviço pode ser prestado diretamente pelo titular do serviço (ente da federação que possua competência para a prestação desse serviço público) ou pode ser prestado por órgão ou entidade ao qual o titular tenha delegado a prestação dos serviços (arts. 9º, II, e 10 da Lei, e arts. 2º, VIII, e 23, II, do Regulamento);
- c) o contrato pode ser o de concessão de serviços públicos ou o contrato de programa (arts. 8º e 11, §2º da Lei), este último quando se tratar de gestão associada, mediante a celebração de convênio ou instituição de consórcio público, com fundamento no art. 241 da Constituição Federal e na Lei nº 11.107, de 06.04.2005;

- d) constituem condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, dentre outras exigências previstas no art. 11 da Lei, e art. 39 do Regulamento:
- a existência de plano de saneamento básico;
 - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;
 - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;
- e) são previstos, como forma de delegação de serviço público, o contrato de concessão de serviço público e o contrato de programa, além da possibilidade de contratos entre diferentes prestadores de serviços públicos, que atuem de forma independente (arts. 8º, 11, §2º, e 12 da Lei, e art. 44 do Regulamento); neste último caso, em que haja mais de um prestador do serviço, a lei prevê a celebração de contratos de articulação a serem celebrados entre os prestadores;
- f) em se tratando de contrato de concessão ou contrato de programa, as normas reguladoras devem prever, dentre outros itens mencionados no art. 11, §2º, da Lei e art. 39, §2º, do Regulamento:
- a inclusão, no contrato, das *metas progressivas e graduais de expansão dos serviços*, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados;
 - as *prioridades de ação*, compatíveis com as metas estabelecidas;
 - as condições de *sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro* da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo, dentre outras medidas: o *sistema de cobrança e composição de taxas e tarifas*; a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas; a política de subsídios.

Portanto, da mesma forma que na legislação anterior, o serviço público de saneamento pode ser prestado diretamente pelo titular do serviço ou pode ser delegado a terceiros mediante contrato de concessão. Embora a lei fale também em contrato de programa (aplicável no caso de gestão associada do serviço, com fundamento no art. 241 da Constituição), não há dúvida de que este se rege pelas mesmas leis que disciplinam a concessão de serviço público. É o que estabelece

a Lei nº 11.107, de 06.04.2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Seu art. 13, §1º, inciso I, determina que o contrato de programa deve “atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados”.

2.3.2 Das formas de gestão do serviço público de saneamento básico

Em consonância com a Lei nº 11.445/2007, são formas de gestão do serviço de saneamento básico as exercidas:

- a) diretamente pelo titular do serviço;
- b) mediante contrato de programa, na hipótese de gestão associada de serviço público;
- c) mediante contrato de concessão de serviço público.

As mesmas formas de gestão são previstas no art. 38 do Decreto nº 7.217, de 2010.

Também é importante realçar que, como o serviço de saneamento, nos termos do art. 3º, I da Lei nº 11.445, envolve diferentes tipos de atividade — *abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como drenagem e manejo das águas pluviais urbanas* — é possível que haja mais de um prestador de serviço, hipótese em que o art. 12 da Lei prevê a celebração de contrato entre eles para regular a respectiva relação, devendo haver, nessa hipótese, uma entidade única encarregada das funções de regulação e fiscalização.

Quando o titular do serviço opte pela delegação a terceiro, mediante concessão ou contrato de programa, é preciso verificar o objeto do contrato para concluir quais são as atividades objeto da delegação. Não é possível, *a priori*, concluir sobre as atividades abrangidas em cada contrato (de concessão ou de programa) sem analisar o respectivo instrumento contratual.

Por exemplo, no Município de Franca (cuja situação foi objeto de análise no parecer antes referido), a Lei municipal, que é anterior à Lei nº 11.445, autorizou o Município a “outorgar à SABESP, mediante contrato de concessão, o direito de implantar, ampliar, administrar e explorar com exclusividade os serviços de abastecimento de água e de coleta e destino final de esgotos sanitários do município”. Não abrangeu o tratamento do esgoto.

2.3.3 O serviço de saneamento no Município de São Paulo

Já em contrato celebrado entre o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo no modelo de *gestão associada*, o objeto abrangeu o abastecimento de água potável e o esgotamento sanitário.

A *gestão associada* de serviço público tem fundamento no art. 241 da Constituição, que assim estabelece:

Artigo 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Com fundamento nesse dispositivo, foi promulgada a Lei nº 11.107, de 06.04.2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. No âmbito da gestão associada, o art. 13 da lei prevê que “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”.

O *contrato de programa*, nos termos do §1º do mesmo dispositivo, deve “atender à *legislação de concessões e permissões de serviços públicos* e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à regulação dos serviços a serem prestados”.

Exemplo de gestão associada é a que foi estabelecida entre o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo: foi firmado convênio em 23.06.2010, com a interveniência e anuência da SABESP, com o objetivo de “implementar ações de forma associada com vista ao oferecimento universal e adequado dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na Capital, nos próximos 30 (trinta) anos, prorrogáveis por igual período [...]”.

Pela Cláusula XIII, ficou estabelecido que “o Estado e o Município garantirão à SABESP, nos termos do Contrato que vier a ser celebrado entre eles, exclusividade na execução dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na Capital, sejam estes de titularidade Municipal, Estadual ou compartilhada”.

No que diz respeito à *remuneração*, a Cláusula XVIII, nos parágrafos 1º e 6º, assim determina:

Cláusula XVIII - A SABESP será remunerada de acordo com o pagamento, pelos usuários, das tarifas e dos preços públicos oriundos do abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Parágrafo 1º - Será aplicada a estrutura tarifária prevista no Decreto Estadual nº 41.446/96 ou em normas que vierem a substituí-lo, observado o disposto na Lei Federal nº 11.445/07.

[...] Parágrafo 6º - As tarifas e os preços dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário deverão ser suficientes para garantir a universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda, para as quais haverá tarifa diferenciada.

Por sua vez, a Cláusula XIX assegurou às partes o equilíbrio econômico-financeiro nos termos do contrato que viesse a ser celebrado. Pelos termos do §1º, a fim de se manter esse equilíbrio, a receita da SABESP, oriunda das tarifas e preços cobrados dos usuários, deverá ser suficiente, no mínimo, para cobrir os dispêndios pertinentes:

- a) às despesas gerais e administrativas;
- b) aos encargos tributários diretos;
- c) aos custos e às despesas relativos à operação e manutenção do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Capital;
- d) à universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente quanto aos investimentos e desembolsos mencionados nas alíneas "b" e "c" da Cláusula XV;
- e) à taxa de regulação, controle e fiscalização devida à ARSESP (Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo);
- f) aos subsídios oferecidos, já existentes ou que venham a ser criados, inclusive para populações e localidades de baixa renda;
- g) à remuneração dos ativos existentes ainda não amortizados;
- h) à remuneração do capital próprio e de terceiros empregados pela SABESP.

Na mesma data do convênio, foi firmado contrato de prestação de serviços públicos, pelo qual Estado e Município, com a interveniência e anuência da SABESP e da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP), asseguraram à SABESP "o direito de explorar a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Capital (SERVIÇOS), com exclusividade e enquanto vigorar este CONTRATO" (Cláusula 1).

A Cláusula 3, no item k, indicou a legislação aplicável ao contrato, abrangendo, entre outras, a Lei nº 8.987, de 13.02.95 (que trata da concessão de serviço público), a Lei nº 11.107, de 06.04.2005 (que disciplina os consórcios públicos

e convênios, prevendo o chamado contrato de programa) e a Lei nº 11.445, de 05.01.2007 (que estabelece diretrizes sobre saneamento básico).

Pelo §1º da Cláusula 1, os serviços contratados englobam as seguintes atividades:

- a) proteção de mananciais, em articulação com os demais órgãos do Estado e do Município;
- b) captação, adução e tratamento de água bruta;
- c) adução, reservação e distribuição de água tratada;
- d) coleta, transporte, tratamento e disposição final de esgotos sanitários;
- e) adoção de outras ações de saneamento básico e ambiental.

Além disso, o contrato prevê a revisão tarifária (Cláusula 51), que buscará, entre outros objetivos, assegurar a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro e a modicidade tarifária, a serem tratadas no item subsequente.

Pelos dispositivos citados, infere-se que:

- a) a remuneração do serviço é feita fundamentalmente por meio de tarifa paga pelos usuários;
- b) na fixação da tarifa deve ser observada a estrutura tarifária prevista no Decreto nº 41.446/96, observado o disposto na Lei Federal nº 11.445/07;
- c) a tarifa deve atender a todos os custos da SABESP, inclusive aos subsídios previstos para a população de baixa renda;
- d) as partes têm direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- e) deve ser observado o princípio da modicidade tarifária.

Como se verifica, a fixação da tarifa não é feita aleatoriamente. Ela tem que cobrir todos os custos da concessionária. No momento em que é fixada a estrutura tarifária, estabelece-se a equação econômico-financeira entre, de um lado, os encargos assumidos pela concessionária, e, de outro, a remuneração a ela garantida. E essa equação tem que ser respeitada durante todo o prazo de vigência do contrato, sob pena de colocar-se em risco a sustentabilidade econômico-financeira da prestação do serviço.

Não há qualquer norma legal ou regulamentar prevendo a fixação ou a cobrança de tarifa em proporção à parcela do serviço prestado (proteção de mananciais; captação, adução e tratamento de água; coleta, transporte, tratamento e disposição final de esgotos sanitários). Não só a abrangência dos serviços depende do que for previsto no contrato, mas também a sua estrutura tarifária.

A imposição, posterior à celebração do contrato, de pagamento proporcional a cada etapa de prestação do serviço, afetaria o equilíbrio econômico-financeiro

do contrato. Essa proporcionalidade, quando existir, tem que ter previsão contratual, porque tem que ser levada em consideração na definição da estrutura tarifária. Se imposta posteriormente, isto exigirá revisão do equilíbrio econômico-financeiro pelos mecanismos previstos no contrato, dentre os quais pode estar incluído o aumento da tarifa. No referido contrato celebrado entre o Estado e o Município de São Paulo, são previstos, como mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro: a revisão da tarifa; a prorrogação ou redução do prazo do contrato; indenização; combinação das alternativas anteriores; outras formas acordadas pelas partes (Cláusula 54).

Supondo-se que o tratamento do esgoto só pudesse ser cobrado quando iniciada essa etapa, certamente o valor fixado para as etapas anteriores teria que ser mais elevado, porque o tratamento do esgoto exige infraestrutura adequada e, em consequência, maiores investimentos por parte da concessionária. De outro modo, não haveria condições de sustentabilidade econômico-financeira do serviço.

2.3.4 Política tarifária – Atendimento de aspectos econômicos e sociais

A política tarifária na área de saneamento básico foi definida pela Lei nº 11.445/2007 de modo a atender a *aspectos econômicos e sociais*.

Quanto ao *aspecto econômico*, a lei fixou determinados princípios, dentre eles a progressividade das metas, a sustentabilidade em regime de eficiência e o equilíbrio econômico-financeiro.

Quanto ao *aspecto social*, a lei previu sistema de subsídios cruzados como instrumento econômico de política social para garantir a universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda; em poucas palavras, previu um sistema de tarifa social, mantendo, na realidade, o regime já adotado na legislação anterior.

Com efeito, seja na hipótese de *contrato de programa*, seja na de *concessão de serviço público*, a Lei nº 11.445/07 estabelece algumas exigências comuns a ambos os tipos de ajuste. No art. 11, §2º, determina que as normas de regulação prevejam:

- “a inclusão, no contrato, das *metas progressivas e graduais de expansão dos serviços*, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados” (inciso II);
- “as *prioridades de ação*, compatíveis com as metas estabelecidas” (inciso III);

- “as condições de sustentabilidade e *equilíbrio econômico-financeiro* da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:

- a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas;
- b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas;
- c) a política de subsídios” (inciso IV).

A mesma norma é repetida no art. 39, §2º do Regulamento.

Desses dispositivos já resultam pelo menos duas conclusões:

- a) a lei deixa abertura para que o contrato estabeleça as *metas progressivas e graduais* de expansão do serviço e que defina as *prioridades de ação* compatíveis com aquelas metas; vale dizer que não há exigência de que a execução do contrato abranja, desde logo, a execução de todas as atividades abrangidas pela delegação; aliás, exigência desse tipo tornaria inviável o cumprimento do contrato, uma vez que o serviço exige instalações onerosas e elevados investimentos por parte da prestadora, o que só pode ser atendido ao longo do tempo de vigência do contrato, a menos que fosse prevista a contribuição pecuniária do poder concedente, entre as formas de remuneração, à semelhança do que ocorre com a Parceria Público-Privada, na modalidade de concessão patrocinada (art. 2º da Lei nº 11.079, de 30.12.2004);
- b) a lei exige que o contrato garanta condições de *sustentabilidade* e de *equilíbrio econômico-financeiro*.

Note-se que a Lei nº 11.445 foi promulgada na vigência da Constituição de 1988, que, ao tratar da concessão e permissão de serviço público, não contém norma garantidora do equilíbrio econômico-financeiro (à semelhança do art. 167 da Constituição de 1967) e deixou à lei ordinária o ônus de definir a *política tarifária* (art. 175, parágrafo único, III, da Constituição); no entanto, tanto a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) quanto a Lei nº 8.987/95 (sobre concessões e permissões de serviços públicos, também aplicável aos contratos de programa) e a Lei nº 11.445/2007 garantiram o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que tenham por objeto a delegação do serviço de saneamento básico. A primeira, no art. 65, II, “d”, e §6º; a segunda, nos arts. 9º e 10; e, a terceira, no art. 11, §2º. Também o Regulamento (Decreto nº 7.217/2010) tem o mesmo tipo de preocupação, ao incluir entre os objetivos da regulação o de “definir tarifas e outros preços públicos que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, quanto à modicidade tarifária e de outros preços públicos” (art. 27, IV).

Como se verifica por essas normas, três princípios são especialmente relevantes na fixação das tarifas:

- a) o da sustentabilidade econômico-financeira;
- b) o do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e
- c) o da modicidade tarifária.

Nem poderia ser diferente.

A *sustentabilidade* econômico-financeira exige que a remuneração da prestadora do serviço seja fixada de tal modo que cubra todos os seus custos e permita o melhoramento e a expansão dos serviços. No caso do saneamento, a tarifa é fixada pelo critério do custo, não havendo previsão de contraprestação pelo poder concedente. Quando muito, podem ser garantidas fontes de receitas alternativas, acessórias ou complementares, desde que previstas no contrato. Se não houver, a tarifa responde por todos os custos. Além disso, a *sustentabilidade* da prestação do serviço exige que a equação econômico-financeira, definida com a celebração do contrato seja mantida durante toda a vigência do contrato.

A ideia de *equilíbrio econômico-financeiro*, presente em todos os contratos administrativos, constitui decorrência de princípios maiores, que independem de previsão no direito positivo:

- a) o *princípio da equidade* impede que uma das partes experimente locupletamento ilícito em detrimento da outra;
- b) o *princípio da razoabilidade* exige proporção entre os custos a cargo da concessionária e os benefícios por ela auferidos;
- c) o *princípio da continuidade do contrato administrativo* determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato; esse princípio é tanto mais importante quando o objeto é a prestação de serviço público, hipótese em que tem aplicação o princípio da continuidade do serviço público;
- d) o *princípio da indisponibilidade do interesse público* exige que a Administração garanta o equilíbrio econômico-financeiro, para assegurar que o serviço seja prestado de forma adequada durante toda a vigência do contrato.

Não obstante a existência desses princípios, existem normas expressas, já referidas, garantindo ao contratado o direito ao equilíbrio econômico-financeiro; se rompido durante a execução do contrato, torna-se obrigatória a sua recomposição pelos meios previstos em lei ou no contrato. Conforme antes realçado, sem a observância desse equilíbrio, a sustentabilidade econômico-financeira do contrato estará comprometida.

Por sua vez, o princípio da *modicidade tarifária*, também previsto no art. 6º, §1º da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), significa, nas palavras de Rafael Wallbach Schwind,¹ que “a tarifa deve ser praticada com o menor valor possível para cobrir os custos de operação, proporcionar o retorno dos investimentos e também conferir uma margem razoável de retorno ao prestador”. Acrescenta o autor que “o fundamento do princípio da modicidade tarifária está em que a remuneração devida pela prestação do serviço não pode ser tão elevada que torne impossível ou excessivamente onerosa a sua utilização”.

Citando lição de Floriano de Azevedo Marques Neto, Rafael Wallbach Schwind ainda observa que a cobrança de tarifas sempre envolve alguma onerosidade aos usuários, “mas tal onerosidade não pode ser excessiva. Como o usuário é o instrumental para a realização dos valores relacionados à prestação do serviço, seria um contrassenso a fixação de tarifas que, na prática, impedissem o seu acesso ao serviço. Isso não significa que os serviços de interesse social devam ser prestados gratuitamente nem de forma deficitária. Por fazer frente aos custos de operação, ao retorno do investimento e à margem de lucro do prestador, Floriano Marques Neto destaca que ‘por definição, tarifa módica não será deficitária’. O doutrinador contrapõe as noções de ‘tarifa módica’ e ‘tarifa social’ justamente para ressaltar que esta última é artificialmente engendrada em razão de objetivos sociais de políticas públicas e que, por ser normalmente deficitária, tem por pressuposto o seu complemento por subsídios internos ou externos à concessão — o que não ocorre com a tarifa módica, que não pode ser deficitária”.

Enquanto o princípio da sustentabilidade impõe a fixação de tarifas que cubram todos os custos, inclusive investimentos, melhoria e expansão do serviço (para tornar possível o cumprimento das metas fixadas no contrato), o equilíbrio econômico-financeiro tem por objetivo preservar, durante toda a vigência do contrato, a relação inicialmente estabelecida entre encargos e remuneração, e a modicidade tarifária tem por objetivo garantir que a tarifa, ao mesmo tempo em que seja acessível ao usuário, também cubra todos os custos da concessionária, além de certa margem de remuneração do capital investido. A modicidade tarifária também serve de fundamento ao chamado subsídio cruzado, utilizado na área de saneamento básico, para facilitar o acesso aos usuários de menor poder aquisitivo. Tal medida encontra fundamento no direito positivo, já a partir do art. 175, parágrafo único, da Constituição, que prevê lei dispondo sobre concessão

¹ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 70.

ou permissão de serviço público e, especificamente, sobre “*política tarifária*”. Essa política tarifária, com relação ao serviço de saneamento, está contida na legislação federal e estadual, já citada.

Como se vê, ao lado do princípio do equilíbrio econômico-financeiro e da modicidade tarifária, a Lei nº 11.445 previu também o da *eficiência e sustentabilidade econômica* (art. 2º, VII, e art. 11, §2º, IV). Este último dispositivo, já referido, exige que as normas de regulação do serviço estabeleçam as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo: a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas; b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas; c) a política de subsídios. Vale dizer que a tarifa tem que cobrir todos os custos assumidos pela concessionária durante o período de vigência do contrato, estando sujeita a reajustes e revisões indispensáveis para garantir a sustentabilidade do serviço e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Há que se observar que, em nenhum momento, a Lei nº 11.445 ou seu Regulamento exige que o início da cobrança da tarifa fique condicionado à prestação integral do serviço de saneamento, abrangendo todas as atividades definidas no art. 3º, inciso I, “a” e “b”, *in verbis*:

Artigo 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - *saneamento básico*: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) *abastecimento de água potável*: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) *esgotamento sanitário*: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

A própria definição do abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário está a demonstrar que a prestação do serviço exige atividades, infraestruturas e instalações sem as quais o serviço se torna inviável. Por isso mesmo, seria inconcebível que a tarifa fosse fixada proporcionalmente a cada uma dessas atividades, infraestruturas e instalações prévias. Não é demais repetir que inexistente na legislação qualquer exigência desse tipo. Pelo contrário, o art. 29, inciso I da Lei nº 11.445/2007 prevê, para fins de garantir a sustentabilidade econômico-financeira, que a remuneração pela cobrança dos serviços de abastecimento de

água e esgotamento sanitário se faça preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos *para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente*.

Além disso, o §1º do mesmo dispositivo estabelece algumas diretrizes para a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico, dentre as quais:

- prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;
- geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço;
- recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência;
- remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços.

O §2º do mesmo dispositivo prevê a adoção de subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

O art. 30, por sua vez, indica os fatores que *poderão* ser levados em consideração na estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico, dentre eles:

- categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo;
- padrões de uso ou de qualidade requeridos;
- quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente;
- custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas;
- ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos;
- capacidade de pagamento dos consumidores.

Como se vê, em cada delegação do serviço de saneamento, quer se trate de contrato de concessão, quer se trate de contrato de programa, a tarifa corresponde ao custo total dos encargos assumidos pela concessionária para todo o período de vigência do ajuste, levando em consideração não só os *aspectos econômicos*, mas também os *aspectos sociais* a atender.

Quando se diz que a tarifa obedece ao critério do *custo*, quer-se referir aos encargos totais do contrato e não ao custo do serviço prestado individualmente a cada usuário. Se assim não fosse, não haveria como fixar tarifas diferenciadas para os usuários de menor poder aquisitivo, como o permitem o art. 13 da Lei nº 8.987/95 e os artigos 3º, VII, 11, §2º, IV, “c”, 23, IX, 29, §1º, II da Lei nº 11.445/2007, nem haveria possibilidade de definir diferentes categorias de usuários, conforme previsto no art. 30, inciso I. A respeito das *tarifas pelo custo do serviço*, ensina Rafael Wallbach Schwind:²

De acordo com o método do custo do serviço [...] a estrutura tarifária é fixada de modo a produzir ao prestador a remuneração necessária para compensar os custos diretos e indiretos do serviço, o que abrange inclusive os investimentos necessários à ampliação do serviço e a margem de retorno do concessionário. [...]

Pelo método do custo do serviço, busca-se impedir eventual exploração abusiva por parte do prestador dotado de poder de monopólio. Força-se o prestador a manter a sua receita próxima aos seus custos, dificultando o abuso do poder econômico que poderia ocorrer com a fixação de tarifas muito elevadas [...].

Outro objetivo do método da taxa de retorno diz respeito a propiciar maior segurança ao prestador quanto ao retorno dos investimentos. Ao se assegurar uma remuneração equivalente aos custos incorridos, garante-se essa segurança, uma vez que a remuneração jamais seria inferior aos custos diretos e indiretos incorridos pelo concessionário, inclusive quanto aos investimentos realizados.

Essa maior segurança ao prestador — com a conseqüente redução de riscos — acaba por incentivar a realização de investimentos, contribuindo para a ampliação das redes necessárias à prestação dos serviços públicos e reduzindo os custos de financiamento.

Veja-se que, pelo art. 29, §1º, da Lei nº 11.445/2007, a tarifa (e outros preços e taxas) tem que atender, entre outros fatores, a ampliação do acesso aos serviços dos cidadãos e localidades de baixa renda; a geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço; a recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência; a remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços. Em resumo, a tarifa tem que ser fixada de modo

² SCHWIND. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e Parcerias Público-Privadas*, p. 83-84.

a atender aos critérios de sustentabilidade econômico-financeira dos serviços que constituem objeto da delegação. Ela tem que levar em conta a capacidade contributiva dos usuários (o que realça o seu aspecto social).

Se fosse possível condicionar o pagamento integral da tarifa ao início da prestação de todas as atividades abrangidas pelo contrato, haveria prejuízo para a sustentabilidade do serviço contratado e para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro a que faz jus a concessionária.

A cobrança integral de tarifa a ser paga pelos usuários, independentemente da prestação integral do serviço objeto do contrato de concessão, é comum em outros tipos de concessão. É o que ocorre, por exemplo, com o pedágio cobrado nas concessões de rodovias, em que a cobrança se inicia, pelo valor total, sem que tenham sido nem mesmo iniciadas as obras de manutenção, melhoria e ampliação da rodovia pedagiada. Sem essa cobrança, a execução do contrato não teria condições de sustentabilidade.

2.3.5 Do serviço de esgotamento sanitário

Especificamente com relação ao *esgotamento sanitário*, cabe lembrar que ele é definido pelo art. 3º, I, "b" da Lei nº 11.445 como o "constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de *coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários*, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente".

Por sua vez, o art. 9º do Decreto nº 7.217 estabelece que se consideram serviços públicos de esgotamento sanitário os serviços constituídos por *uma ou mais das seguintes atividades*:

- I - coleta, inclusive ligação predial, dos esgotos sanitários;
- II - transporte dos esgotos sanitários;
- III - tratamento dos esgotos sanitários; e
- IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas.

Por outras palavras, existe serviço de esgotamento sanitário mesmo que não sejam prestadas todas as atividades mencionadas no dispositivo. O serviço pode abranger *uma ou mais das atividades* previstas no art. 9º do Decreto.

Quanto à remuneração, o art. 10 do mesmo Decreto assim determina:

Artigo 10. A remuneração pela prestação de serviços públicos de esgotamento sanitário poderá ser fixada com base no volume de água cobrado pelo serviço de abastecimento de água.

É inteiramente compatível com essa norma o art. 5º do Decreto Estadual nº 41.446, de 16.12.96, ao assim estabelecer:

Artigo 5º Para efeito de cálculo da fatura/conta considerar-se o volume de esgotos coletados no período, o correspondente ao de água faturada pela SABESP e/ou consumida de sistema próprio, medido ou avaliado pela SABESP.

Esse critério tem sido considerado legal pelo Judiciário. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 7.133.659-3, em que foi Relator o Desembargador Renato Siqueira de Pretto, e na Apelação Cível nº 901.230-0/5, julgou lícito o critério da proporcionalidade sobre o consumo de água (j. em 25.10.2007 e 31.01.2008, respectivamente).

Interpretação precisa e adequada sobre o art. 5º do Decreto nº 41.446/96 consta da sentença exarada no Processo nº 583.00.2011.188618-0, pelo Juiz Danilo Mansano Barioni, em 08.02.2012, em trecho que nos permitimos transcrever:

A ré presta não só o serviço de fornecimento de água, mas também o de coleta de esgoto e, para ambos, há tarifa; todavia, a cobrança normal das tarifas se faz apenas considerando o consumo de água (conforme o hidrômetro), havendo, para isso, suporte legal (artigo 5º do Decreto estadual nº 41.446/96), sistema esse legal e ordinário ao qual o autor aderiu desde a contratação dos serviços, não há razão alguma para, agora, modificar esse critério de equivalência. *Não há ilegalidade ou inconstitucionalidade alguma na regra do artigo 5º do Decreto estadual nº 41.446/96. A mencionada norma jurídica realmente é uma ficção, pois o volume de consumo de água, rigorosamente, nunca corresponde ao volume de efluentes. Há perdas, que variam conforme cada ambiente, há líquidos e sólidos que ingressam na rede de esgoto que não são registrados no hidrômetro, etc. Logo, nunca realmente haverá real correspondência entre o volume de água consumida e o volume de esgoto ejetado. Ocorre que o legislador optou na medição do volume de esgoto (necessária ao cálculo da fatura) por equiparar, por força de lei, ao volume de água faturada, criando, deste modo, uma ficção jurídica (legal). Essa equiparação tem, de certo modo, apoio na realidade (uma vez que a maior parte do esgoto é constituída de água), mas não deixa de ser ficção jurídica (pois em desajuste com o real), que é possível (não vedada) em nosso ordenamento jurídico nacional. (grifos nossos)*

Portanto, nem a legislação federal nem a estadual contêm qualquer exigência de que a tarifa de esgotamento sanitário fique condicionada à prestação de todas as atividades previstas no art. 9º do Decreto nº 7.217 ou que seja fixada proporcionalmente à prestação de cada uma dessas atividades. Previsão desse tipo afetaria, certamente, a sustentabilidade do serviço.

Na realidade, a Lei nº 11.445/2007, com relação à tarifa, limitou-se a estabelecer as *diretrizes* (arts. 11, IV, e 29 a 31) a serem observadas pelo órgão regulador, sem definir o critério de cálculo. A lei quer que sejam garantidos a sustentabilidade e o equilíbrio econômico-financeiro, a modicidade tarifária, a universalidade de acesso a todas as camadas da população; para esse fim, previu o sistema de subsídios. Por sua vez, o Regulamento baixado pelo Decreto nº 7.217/2010 limitou-se a *permitir* que a remuneração pela prestação do serviço público de abastecimento de água seja feita com base no *volume de água consumido* (art. 8º) e que a remuneração do serviço de esgotamento sanitário seja fixada com base no volume de água cobrado pelo serviço de abastecimento de água.

Note-se que o decreto está apenas *permitindo* e não *obrigando* a adoção desses critérios. E note-se também que os critérios propostos não levam em conta, quanto ao esgotamento sanitário, qualquer proporcionalidade em relação à progressividade ou à integralidade dos serviços prestados.

Como se verifica pelo exposto, com base na legislação federal citada, nenhuma norma existe com a qual se revele incompatível o Decreto Estadual nº 41.446, de 16.12.96. Na realidade, o decreto estadual, embora baixado na vigência da Lei Estadual nº 6.528/78, foi recepcionado pela atual legislação federal que rege o serviço de saneamento básico. Tal Decreto, ao prever, no art. 1º, o regime tarifário, está em consonância com o art. 29, I da Lei nº 11.445; ao fazer, no art. 3º, a classificação dos usuários em diferentes categorias, está em consonância com o art. 30, I da Lei nº 11.445; ao prever, no art. 4º, o consumo mínimo, está em consonância com o art. 30, IV, da Lei nº 11.445; ao determinar, no art. 2º, VII, que se levem em consideração as condições socioeconômicas dos usuários residenciais, está em consonância com o art. 30, VI, da Lei nº 11.445, e com o art. 13 da Lei nº 8.987/95; ao definir, no art. 5º, o critério de cálculo da tarifa, está em consonância com a política tarifária fixada pela Lei nº 11.445 e com os critérios de cálculo previstos nos artigos 8º e 10 do Decreto nº 7.217/2010. Nenhuma norma existe, quer na legislação federal quer na estadual que exija cobrança proporcional às fases de esgotamento sanitário já executadas ou que condicione a cobrança de tarifa à prestação integral das atividades que constituem objeto do contrato.

3 Inexistência de afronta ao Código de Defesa do Consumidor

Em algumas das ações judiciais que vêm sendo propostas contra a SABESP, pleiteando que seja excluído do valor da tarifa o montante correspondente ao tratamento de esgoto (sob o fundamento de que este não pode ser objeto de cobrança enquanto não efetivamente prestado), alega-se afronta ao Código de Defesa do Consumidor, em especial aos seus artigos 6º, inciso X, e 22.

O primeiro dispositivo inclui entre os direitos básicos do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Pelo art. 22, “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. Nos termos do parágrafo único, “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”.

Ora, a SABESP, na prestação do serviço de saneamento, obedece às normas legais e regulamentares pertinentes, bem como às cláusulas contratuais, inclusive no que diz respeito à cobrança da tarifa.

A forma de gestão do serviço, por concessão ou contrato de gestão, está disciplinada pela legislação citada neste parecer. A definição da política tarifária é prevista na Constituição (art. 175, parágrafo único, III); em termos de saneamento, a definição da política tarifária foi feita pela Lei nº 11.445/2007 e seu Regulamento (Decreto nº 7.217/2010). No Estado de São Paulo, tem aplicação o Decreto nº 41.446/96 que, embora anterior à referida legislação federal, foi por ela recepcionado, por ser compatível com suas normas.

Foi essa legislação que previu as várias formas de gestão do serviço de saneamento, as atividades nele abrangidas (conforme estabelecido em cada contrato), a forma de remuneração por meio de tarifa, os princípios da política tarifária, dentre eles: o da sustentabilidade econômico-financeira, o do equilíbrio econômico-financeiro, o da modicidade tarifária, o de acesso às populações e localidades de baixa renda. Conforme ressaltado, não há na legislação qualquer exigência de proporcionalidade em relação às várias atividades em que se desdobra o serviço de esgotamento sanitário. A sua implantação tem que ser feita de forma paulatina, por exigir a instalação de infraestrutura adequada e de elevado custo. Não há correspondência entre o custo do serviço prestado para cada usuário e o valor da tarifa, que leva em conta o custo global do contrato; de outra forma, não haveria como garantir a universalidade do serviço a todas as categorias de usuários. Foi o legislador que, ao fixar a política tarifária na área de

saneamento, optou pela *tarifa social*, que encontrava fundamento na anterior Lei nº 6.528/78 e atualmente tem fundamento na Lei nº 11.445/2007.

Em decorrência da sistemática tarifária adotada, tem-se que inferir que a prestação do serviço de saneamento amolda-se às exigências do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que garante, de um lado, a sustentabilidade e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como assegura a universalidade do direito de acesso ao serviço, especialmente para populações de baixa renda.

A prestação do serviço de saneamento pela SABESP e a cobrança da respectiva remuneração são feitas em consonância com as normas legais vigentes. Não há como alegar que infringem o Código de Defesa do Consumidor.

Não se pode esquecer, também, que o saneamento básico constitui serviço público que, exatamente por essa sua natureza, é disciplinado por lei. Como visto no item 2.3.2 deste parecer, a sua gestão pode ser feita diretamente pelo titular do serviço ou mediante contrato, sob a forma de concessão de serviço público ou de contrato de programa (quando se tratar de gestão associada). Em qualquer das duas modalidades de contrato, aplicam-se as normas da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95).

Tratamos do assunto no livro sobre parcerias na Administração Pública.³ Como todo contrato dessa natureza, embora celebrado entre poder concedente e empresa concessionária, seus efeitos jurídicos alcançam terceiros que não participaram do ajuste (os usuários). Segundo alguns, os usuários mantêm uma relação contratual com o concessionário, por meio de um contrato de adesão; para outros, uma vez iniciada a execução do serviço, os usuários assumem uma situação estatutária, porque eles passam a submeter-se às normas reguladoras do serviço, independentemente de qualquer relação contratual; para outros, finalmente, os usuários ora participam da relação por meio de um contrato de adesão, ora participam de uma situação estatutária.

Isto ocorre porque os contratos de concessão, além do aspecto contratual propriamente dito, têm uma natureza regulamentar no que diz respeito à prestação do serviço; sob o ponto de vista dos usuários, sua posição não se altera, seja o serviço prestado diretamente pela Administração Pública, seja prestado indiretamente pelo concessionário, já que as normas reguladoras do serviço são as mesmas.

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96.

Nesse sentido, a lição de Héctor Jorge Escola, em trecho que transcrevemos e traduzimos:⁴

A situação do usuário, nos serviços públicos concedidos, é idêntica à que lhe cabe quando o serviço é prestado diretamente pela administração: é o beneficiário, é o destinatário do serviço público, e como tal não é parte na relação contratual concedente-concessionário, mas sobre ele repercutem os efeitos do contrato celebrado, que se estendem em relação a ele. De tal modo, a situação do usuário não é senão uma situação jurídica objetiva, que se origina no fato mesmo da utilização do serviço público. São indiferentes — estando sempre no campo dos serviços público *uti singuli* — as modalidades que ofereça o serviço e as formas adotadas para sua prestação. Só o fato de sua utilização é que dá lugar ao nascimento de relações entre o concessionário e o usuário; só dita utilização gera direitos e impõe obrigações.

Na mesma obra⁵ sobre parcerias na Administração Pública, demonstramos a existência de duplo aspecto nos contratos de concessão: o *tipicamente contratual*, que diz respeito ao interesse privado do concessionário, concernente à remuneração e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e o *aspecto regulamentar*, que diz respeito à regulação do serviço público, que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade do poder concedente. Em decorrência desse segundo aspecto, tudo o que diz respeito à gestão do serviço é fixado unilateralmente pelo Poder Público e pode ser alterado também unilateralmente para adaptação às necessidades impostas em benefício do interesse público.

Essa parte que é disciplinada unilateralmente pelo Poder Público impõe-se ao usuário não tanto como decorrência do contrato, mas por tratar-se de normas que decorrem do poder de regulação da Administração Pública. Muitas vezes, essas normas constam da própria lei que disciplina o serviço, de tal modo que, ao assinar o contrato de concessão, o concessionário (assim como o usuário) está se sujeitando a uma situação estatutária, regulamentar, que não admite qualquer discussão ou alteração, ainda que com a concordância das partes. Essa parte regulamentar da concessão, ainda que conste do contrato, mantém sua natureza regulamentar e não contratual.

Desse modo, quando os usuários, por meio de ações judiciais, impugnam aspectos da prestação do serviço de saneamento e sua estrutura tarifária, na

⁴ *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma. 1979. v. 2, p.70-71.

⁵ *Op. cit.*, p. 77 et seq.

realidade, estão se insurgindo contra a regulação do serviço, que decorre de normas legais e regulamentares que não são criadas pela SABESP (porque ela não exerce a função reguladora), mas decorrem do ordenamento jurídico.

Pelas razões expostas, não pode a prestação do serviço público ser tratada pela mesma forma de uma atividade privada. Na interpretação das normas do Código de Defesa do Consumidor não podem deixar de ser levadas em consideração as peculiaridades do serviço público, no caso, o de saneamento básico que, conforme demonstrado, tem que atender não só a aspectos econômicos, mas também a aspectos sociais de interesse público, em especial da população de menor poder aquisitivo.

Conclui-se, portanto, que não tem qualquer fundamento a afirmação de que a estrutura tarifária adotada pela SABESP afronta o Código de Defesa do Consumidor.

4 Jurisprudência

A respeito do assunto, vem-se firmando jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça aceitando como válida a cobrança do valor integral da tarifa, mesmo antes de ser iniciado o tratamento do esgoto. Nesse sentido, mencionem-se os seguintes acórdãos:

REsp nº 1.313.680-RJ (2011/0306550-4), Rel. Min. Francisco Falcão, Decisão unânime da Primeira Turma, *DJe*, 29 jun. 2012.

I - Cinge-se a controvérsia na legalidade da cobrança pela prestação de esgotamento sanitário, na hipótese de prestação parcial do serviço.

II - Compulsando os autos, verifica-se que restou delineado pelas instâncias ordinárias que a rede de esgoto foi efetivamente instalada, realizando a Recorrente a coleta e o transporte dos dejetos, não prestando, todavia, o tratamento do esgoto.

III - Com a instalação da rede de esgoto e a efetiva realização de uma das atividades elencadas no art. 9º do Decreto nº 7.217/10, quais sejam, a coleta, o transporte, o tratamento dos dejetos ou a disposição final dos esgotos e dos lodos originários da operação de tratamento, é forçoso reconhecer que há a efetiva prestação do serviço de esgotamento sanitário, apta a ensejar a cobrança ora em discussão.

IV - A interpretação equivocada da Lei nº 11.445/2007, sem a conjugação do Decreto nº 7.217/2010, importaria em graves e desnecessários prejuízos para o poder público e para a população em geral, haja vista que a coleta e esgotamento dos esgotos importaria em tolher a ampliação e manutenção da rede.

V - Recurso especial provido.

REsp nº 431.121 — SP (2002/0048952/5), Rel. Min. José Delgado

Recorrente: SABESP

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ESGOTO. TARIFA.

1. A concessão para explorar serviço público de esgoto e tratamento dos resíduos é de natureza complexa.
2. É legal a exigência do pagamento da tarifa quando o serviço de esgoto é oferecido, iniciando-se a coleta das substâncias com a ligação do sistema às residências dos usuários.
3. O tratamento do material coletado é uma fase complementar.
4. A finalidade da cobrança da tarifa é manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato, possibilitando a prestação contínua do serviço público.
5. A lei não exige que a tarifa só seja cobrada quando todo o mecanismo do tratamento do esgoto esteja concluído.
6. O início da coleta dos resíduos caracteriza prestação de serviço remunerado.
7. Recurso provido.

No mesmo sentido favorável à cobrança integral da tarifa, foram proferidos inúmeros acórdãos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, dentre eles:

13ª Câmara de Direito Privado, j. em 29.05.2009, votação unânime.

Apelação nº 7.217631-7, da Comarca de Socorro, Rel. Des. Mário Chiuvite Júnior, em que foi apelada a SABESP

Serviço de coleta de esgoto. Afastamento deste das residências. Tal fato, por si só, autoriza o pagamento do respectivo tributo, independentemente da realização do tratamento respectivo, pois houve a efetiva prestação do serviço ao usuário. Recurso desprovido. Sentença mantida.

36ª Câmara de Direito Privado, j. em 02.02.2012, votação unânime.

Apelação nº 0083461-55.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO VILLA FARNESE RESIDENCE, sendo apelado SABESP.

Prestação de serviços – Ação declaratória cumulada com pedido de repetição de indébito em dobro – SABESP – Pretensão de alteração da forma de cálculo das tarifas cobradas pelo serviço de coleta e tratamento de esgoto – Alegação de que a tarifa seria desproporcional ao volume de água efetivamente recolhido pela rede de esgoto – Volume de água coletado que não coincidiria com o volume de água consumido, em decorrência de evaporação e perdas. Cerceamento de defesa não ocorrido. Cobrança que obedece ao critério legal adotado pelo art. 5º

do Decreto estadual nº 41.446/96. Aplicação da legislação específica. Constitucionalidade da cobrança por simples avaliação, com base no volume de água consumido. Critério adotado por questões de política tarifária. Precedentes desta Corte.

Recurso desprovido.

Inúmeros precedentes são citados neste último acórdão, reconhecendo a constitucionalidade do critério adotado pelo Decreto nº 41.446/96:

- *Apelação nº 9152273-98.2006.8.26.0000*, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Palma Bisson, j. 06.10.2011.
- *Apelação nº 990.09.313144-7*, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Felipe Ferreira, j. 27.01.2010.
- *Apelação nº 992.07.018757-5*, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 12.11.2009.
- *Apelação nº 992.08.002517-9*, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Kioitshi Chicuta, j. 11.02.2010.
- *Apelação nº 992.08.052196-6*, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Thomaz, j. 11.08.2010.
- *Embargos Infringentes nº 992.05.118327-6/50000*, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Orlando Pistoresi.
- *Apelação com Revisão nº 950.730-02*, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro Baccarat, j. 24.04.2008.
- *Apelação nº 992.05.099364-9*, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sidney da Silva Braga, j. 02.06.2010.

5 Resposta aos quesitos

1 *A Lei nº 11.445, de 05.01.2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, exige que a tarifa de esgoto somente seja cobrada quando todo o mecanismo do tratamento do esgoto esteja concluído?*

Resposta: Não. Não há na Lei nº 11.445, de 05.01.2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, qualquer exigência de que a tarifa de esgoto seja cobrada quando todas as atividades, inclusive de tratamento, estejam concluídas.

O fato de o tratamento de esgoto ser implantado aos poucos é absolutamente irrelevante para fins de fixação e cobrança da tarifa, já que esta é definida pelo critério do custo e a própria Lei nº 11.445/2007 coloca como uma das exigências de regulação do serviço a fixação de *metas progressivas e graduais* de

expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência, além da definição das *prioridades de ação* compatíveis com as metas estabelecidas.

A implantação do serviço, a toda evidência, só pode ocorrer por etapas, por exigir atividades prévias de infraestrutura e instalações de alto custo e elevada tecnologia. Isto só pode ocorrer paulatinamente.

Não há exigência legal de proporcionalidade em relação às várias atividades em que se desdobra o serviço de esgotamento sanitário; tal exigência impossibilitaria a sustentabilidade econômico-financeira do contrato, prevista na Lei nº 11.445/2007 como um dos princípios a serem observados na regulação do serviço de saneamento básico.

2 *Há incompatibilidade entre o escopo das normas federais vigentes (Lei Federal nº 11.445/2007 e o Decreto Federal nº 7.217/2010), aplicáveis à matéria, e a interpretação normativa imposta pelo Decreto Estadual nº 41.446/96?*

Resposta: Não. Inexiste incompatibilidade entre o escopo das normas federais que regem o serviço de saneamento básico (Lei nº 11.445/2007 e Decreto nº 7.217/2010) e as normas do Decreto Estadual nº 41.446/96. Embora baixado na vigência da Lei Estadual nº 6.528/78, foi recepcionado pela atual legislação federal que rege o serviço de saneamento básico. Tal decreto, ao prever, no art. 1º, o regime tarifário, está em consonância com o art. 29, I da Lei nº 11.445; ao fazer, no art. 3º, a classificação dos usuários em diferentes categorias, está em consonância com o art. 30, I da Lei nº 11.445; ao prever, no art. 4º, o consumo mínimo, está em consonância com o art. 30, IV da Lei nº 11.445; ao determinar, no art. 2º, VII, que se levem em consideração as condições socioeconômicas dos usuários residenciais, está em consonância com o art. 30, VI, da Lei nº 11.445 e com o art. 13 da Lei nº 8.987/95; ao definir, no art. 5º, o critério de cálculo da tarifa, está em consonância com a política tarifária fixada pela Lei nº 11.445/2007 e com os critérios de cálculo previstos nos arts. 8º e 10 do Decreto nº 7.217/2010. Nenhuma norma existe, quer na legislação federal quer na estadual, que exija cobrança proporcional às fases de esgotamento sanitário já executadas ou que condicione a cobrança de tarifa à prestação integral das atividades que constituem objeto do contrato.

3 *O Decreto Estadual nº 41.446/96, a Lei Federal nº 11.445/2007 e o Decreto Federal nº 7.217/2010 estão dispostos dentro dos comandos constitucionais no que tange à cobrança tarifária?*

Resposta: Sim. O Decreto Estadual nº 41.446/96, a Lei Federal nº 11.445/2007 e o Decreto Federal nº 7.217/2010 estão em consonância com o art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal, no que diz respeito aos direitos dos usuários, à política tarifária e à obrigação de manter serviço adequado.

4 O Decreto Federal nº 7.217/2010 estabelece que há serviço público de esgotamento sanitário quando existente qualquer das atividades que integram o procedimento de esgotamento sanitário; diante disso, a prestação parcial permite a cobrança referente à tarifa de esgoto na sua integralidade?

Resposta: Sim. O Decreto Federal nº 7.217/2010 considera como serviço de esgotamento sanitário o constituído por uma ou mais das atividades referidas no art. 9º, permitindo concluir que a prestação parcial não impede a cobrança na sua integralidade.

5 Há efetiva prestação do serviço de esgotamento sanitário apta a ensejar a cobrança da tarifa de esgoto, se existente uma das atividades elencadas no art. 9º do Decreto Federal nº 7.217/2010, bem como na forma estipulada pela Lei Federal nº 11.445/2007?

Resposta: Sim. Há efetiva prestação do serviço de esgotamento sanitário, na forma estipulada pela Lei Federal nº 11.445/2007, se prestada uma das atividades previstas no art. 9º do Decreto nº 7.217/2010.

São Paulo, 03 de dezembro de 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cobrança de tarifa independentemente da conclusão do mecanismo de tratamento do esgoto: exame dos aspectos de constitucionalidade e legalidade. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 233-263, jul./set. 2013. Parecer.

Recebido em: 28.02.2013

Aprovado em: 11.07.2013