

O SPENDING POWER NA NOVA LEI DO SANEAMENTO BÁSICO E SUAS IMPLICAÇÕES NO PACTO FEDERATIVO

SPENDING POWER IN THE NEW BRAZILIAN BASIC SANITATION LAW AND ITS IMPLICATIONS IN THE FEDERATIVE PACT

Luiz Alberto Gurjão Sampaio de Cavalcante Rocha

Professor Associado I da Faculdade de Direito/UFPA. Doutor em Direito do Estado/USP. Advogado.
E-mail: larocho@ufpa.br

Luma Cavaleiro de Macedo Scaff

Doutora em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (2005). Advogada. Professora no curso de graduação em Direito e Professora na Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará. Ex- pesquisadora bolsista da Fundação Ford. Membro da Rede de Pesquisa Junction Amazonian Biodiversity Units Research Network Program (JAMBU-RNP).
E-mail: lumascaff@yahoo.com.br

Luiza Nobre Maziviero

Pós-graduanda em Direito Internacional pela PUC-SP. Membro do Comitê Público da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados (ANPPD®). Pesquisadora. Membro do Grupo de Pesquisa "Teoria do Direito, Meio Ambiente e Justiça". Membro do Grupo de Pesquisa "Financiando Direitos".
E-mail: luizamaziviero@gmail.com

Recebido em: 24/02/2021

Aprovado em: 03/12/2021

RESUMO: Este artigo objetiva estudar em que medida a Nova Lei do Saneamento Básico utiliza o Spending Power, e se esta regulamentação afeta a autonomia federativa municipal para prestar o serviço público de saneamento básico. O trabalho está estruturado em três etapas. A primeira se dedica ao Federalismo na Constituição Federal de 1988 com ênfase na autonomia federativa municipal para a realização da política pública de saneamento básico. A segunda trata sobre o Spending Power no direito estadunidense, explicando sua definição e delimitando o alcance do instituto. A terceira estuda a regulamentação por meio das Normas de Referência, condicionando a distribuição de recursos orçamentários da União à sua obediência pelos Municípios. Utiliza-se do método hipotético dedutivo com pesquisa bibliográfica e fontes primárias e secundárias, além de estudo comparado enquanto item auxiliar. Conclui-se que a Lei importa o Spending Power de maneira modificada, porém inconstitucional, pois impede o consentimento informado e voluntário dos municípios porque estes acabam por não ter, na realidade orçamentária brasileira, a legítima e real opção de não aderir às condições impostas pela Lei n. 14.026/20 e futuras regulamentações da Agência Nacional das Águas e Saneamento Básico (ANA).

Palavras-chave: Saneamento Básico. Federalismo. Spending Power. Autonomia Municipal.

ABSTRACT: This article aims to study the extent to which the New Brazilian Basic Sanitation Law uses Spending Power, and whether this regulation affects the municipal federative autonomy to provide public basic sanitation service. The work is structured in three stages. The first is dedicated to Federalism in the Federal Constitution of 1988 with an emphasis on municipal federative autonomy to execute public basic sanitation policy. The second deals with Spending Power in American law, explaining its definition and delineates the scope of the institute. The third studies the regulation through the Reference Norms, conditioning the distribution of the Union's budgetary resources to its obedience by the Municipalities. It uses the deductive hypothetical method with bibliographic research and primary and secondary sources, in addition to a comparative study as an auxiliary item. It is concluded that the Law imports the Spending Power in a modified but unconstitutional way, as it precludes informed and voluntary consent of the municipalities because they end up not having, in the Brazilian budgetary reality, the legitimate and real option of not adhering to the conditions imposed by the Law no. 14.026/20 and future National Water and Basic Sanitation Agency (ANA) regulations.

Keywords: Basic Sanitation. Federalism. Spending Power. Municipal Autonomy.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Federalismo e Constituição Federal de 1988: A autonomia municipal no direito fundamental ao saneamento básico. 2 O instituto do Spending Power e seu transporte ao direito brasileiro. 3 Nova Lei do Saneamento: A Agência Nacional das Águas e Saneamento Básico (ANA) e as normas de referência nacional. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Considerando a emergência de consolidar uma agenda constitucional, democrática e republicana, o enfoque de implementação de políticas públicas voltadas ao saneamento básico deve atender para a interação entre as normas internacionais¹ e internas, com destaque aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) de 2015.

Fortalecendo este movimento, a Agenda 2030 da ONU estabeleceu metas e objetivos universais e transformadores em escala global, com destaque para o ODS n. 06, conhecido como “água limpa e saneamento”, o qual tem por finalidade “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos” (ONU, 2020, *online*).

Em sintonia com essas tendências internacionais², o Brasil adotou em 2019 indicadores para tratar de saneamento e recursos hídricos em uma perspectiva integrada (ANA, 2019, *online*). O tema se mostra bastante sensível à realidade brasileira em face da dificuldade de lidar com a transversalidade de aspectos jurídicos e de política pública, pois envolve água potável, saneamento,

¹ Conferência das Nações Unidas para a Água (1977), Década Internacional de Abastecimento de Água Potável e Saneamento (1981-1990), Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente (1992), Cúpula da Terra (1992). Em 1992, a Assembleia Geral da ONU declarou 22 de março o Dia Mundial da Água por meio da Resolução 47/193. O ano de 2003 foi considerado o Ano Internacional da Água Potável. Após a criação do órgão de coordenação “ONU Água” em 2003, a ação global ganhou forças com as metas dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) com a década conhecida por “Água para a Vida” (2005/2015). Em 2018, foi lançado o Programa Hidrológico Internacional pela UNESCO que criou o Portal de Qualidade da Água Mundial. A década de 2018-2028 é conhecida como a “Década Internacional para Ação, Água para o Desenvolvimento Sustentável!” cuja finalidade é implementar o desenvolvimento sustentável e gestão integrada dos recursos hídricos para implementar o ODS 6 por meio da perspectiva de prevenção de conflitos

² No Brasil, a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (CNOODS), criada por meio do Decreto nº 8.892, de 2016, é o principal mecanismo institucional para a implementação da Agenda 2030.

melhora da qualidade de vida, uso eficiente da água, gestão integrada de recursos, proteção e restauração de ecossistemas, cooperação internacional e, dentre outro, fortalecimento da participação local. Nesta linha, o Brasil aprovou a nova Lei de Saneamento Básico, a Lei n. 14.026/2020, que se apresenta como uma das soluções para a universalização dos serviços de saneamento básico, seja para a oferta de água e de esgoto, como também para o tratamento de resíduos sólidos e limpeza urbana³.

Justifica-se o estudo pela importância e atualidade do tema em razão da efetivação de direitos sociais cujo enfoque é a implementação de políticas públicas voltadas ao saneamento básico no âmbito federativo. Neste sentido, a perspectiva adotada inova ao se debruçar sobre a recente lei de 2020 estudando a possibilidade de importação do instituto jurídico denominado de *Spending Power* à realidade brasileira e sua influência na autonomia municipal de regulação desse direito.

Pretende contribuir com a inovação para o estado da arte à medida em que discute os aspectos da autonomia municipal na regulação do saneamento básico e analisa a possível importação do instituto do direito estadunidense chamado de *Spending Power* para a realidade brasileira.

Observa-se que a Nova Lei de Saneamento Básico (Lei n. 14.026/2020) transformou a Agência Nacional das Águas (ANA) em uma *superagência*, capaz de controlar não somente as águas brutas, mas também o que diz respeito ao Saneamento Básico no Brasil, por meio das Normas de Referência Nacional para a regulação desse serviço público. Além disso, centraliza a competência para tratar sobre saneamento básico na União, diferentemente do que fora decidido pelo STF⁴: a competência municipal para a matéria.

O destaque nesta legislação reside no artigo 4º-B, §2º, que condiciona a adoção das Normas de Referência Nacional pelos Municípios para que possam receber recursos da União para a prestação dos serviços de saneamento básico. Estaria, assim, a União utilizando a força do orçamento (*Spending Power*) para fazer com que sejam obedecidas quantas Normas de Referência Nacional julgar necessárias, para somente então repassar os recursos, ignorando, por exemplo, as diferenças regionais, até então tratadas pelas entidades reguladoras regionais, e forçando prováveis adequações técnicas que os municípios, por falta de recursos próprios, não poderão deixar cumprir, prejudicando, com danos ao federalismo e ao próprio serviço de saneamento básico, o acesso aos recursos públicos federais.

Uma vez exposta a problemática, o artigo objetiva estudar em que medida a Nova Lei do Saneamento Básico realmente utiliza o *Spending Power*, e se esta regulamentação afeta a autonomia federativa municipal para prestar o serviço público de saneamento básico. O questionamento norteador “de que forma a Nova Lei do Saneamento utiliza o *spending power* no ordenamento jurídico brasileiro?” observa resposta positiva, o que leva à segunda pergunta como item consequente “de que forma essa importação do modelo estadunidense afeta a autonomia municipal”, sendo possível constatar o condicionamento dos municípios aos repasses federais, pois impede o consentimento livre e informado às regulações da ANA. Utiliza-se método hipotético dedutivo com instrumento auxiliar de pesquisa comparativa mediante estudo de direito alienígena. Para formação do referencial teórico, usa-se fontes primárias e secundárias, além de pesquisa bibliográfica.

Para tanto, o trabalho está estruturado em três etapas. A primeira se dedica ao Federalismo na Constituição Federal de 1988 com ênfase na autonomia federativa municipal para a realização

³ Dentre os pontos de principais mudanças, destaca-se a expectativa de universalização do saneamento, licitação e participação de empresas públicas e privadas, fim dos lixões a céu aberto, bem como regulação do setor por meio da Agência Nacional de Água e de Saneamento.

⁴ Na esteira da jurisprudência formada no STF, que será mais detalhada adiante, a competência constitucional para a prestação do serviço público de saneamento é do Município, podendo ser compartilhada, no caso de gestão associada, com outros entes federativos na forma de contrato de programa ou convênio de cooperação.

da política pública de saneamento básico. A segunda trata sobre o *Spending Power* no direito estadunidense, explicando sua definição e delimitando o alcance do instituto. A terceira estuda a regulamentação por meio das Normas de Referência estabelecidas de forma inédita pela Nova Lei do Saneamento Básico relativas ao *Spending Power* condicionando a distribuição de recursos orçamentários da União à sua obediência pelos Municípios.

A Nova Lei do Saneamento Básico utiliza mecanismo fiscal inspirado no *Spending Power*, importado do direito estadunidense à medida em que estabelece por meio de um rol-condição vários requisitos legais para que os entes municipais tenham acesso ao financiamento e aos repasses de dinheiro público provenientes da União.

A Nova Lei do Saneamento Básico importa o mecanismo fiscal do *spending power* inspirado no ordenamento jurídico dos Estados Unidos. Consagra para o Brasil a imposição de um rol de condições mediante a necessidade de preencher requisitos legais a fim de condicionar o acesso pelos entes municipais ao financiamento e demais repasses de dinheiro público provenientes da União. A pesquisa evidencia que se trata de uma importação de modelo ausente de amalgama ao sistema do *civil law* porque o condicionamento às normas de referência deixa evidente a inconstitucionalidade do instituto, uma vez que viola a autonomia dos entes municipais.

A Lei n. 14.026/2020 apresenta uma promessa unificadora e busca propostas coordenadas para a implementação de política pública na pretensão de solidariedade social como um instrumento catalisador da efetivação de direitos, contudo, ao condicionar o acesso aos recursos públicos federais por meio das normas de referência da Agência Reguladora, pode comprometer a proteção social, prejudicando a autonomia municipal.

1 FEDERALISMO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A AUTONOMIA MUNICIPAL NO DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO

É cediço afirmar que a água é bem natural imprescindível à manutenção da vida⁵, enquanto a água de qualidade mínima de potabilidade é suficiente para prevenir grande número de doenças de veiculação hídrica⁶.

Não obstante, é preciso entender o ciclo da água para definir quais responsabilidades são assumidas pelo Poder Público brasileiro dentro das competências federativas de seus entes subnacionais.

Assim, o primeiro estágio da água como recurso natural, bem da natureza em seu estado bruto (água) que permite o equilíbrio geral do meio ambiente, é resguardado, como dever comum do Poder Público, dada a sua essencialidade e preservação para a presente e futuras gerações. Sendo certo que cabe à União legislar de maneira privativa sobre águas.

Por outro lado, o uso da água como potencial de energia hidráulica é explorado pela União de modo exclusivo, ainda que o resultado da exploração econômica seja repartido entre os demais entes federativos.

No entanto, em estágio posterior do uso da água, o saneamento básico corresponde a um complexo sistema de serviços que requer construção de infraestrutura física que permita o abastecimento de água às populações com qualidade compatível com a proteção da saúde, bem

⁵ Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) número 6 da ONU: assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos” integrante da Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável.

⁶ O relatório “Diretrizes para Saneamento e Saúde” da Organização Mundial da Saúde” (2018, p. 2) apresenta tabela que sintetiza o impacto na saúde humana de condições insuficientes de saneamento, quais sejam: (1) impactos diretos, como infecções fecais-orais e por vermes, e doenças vetores de insetos; (2) sequelas causadas por infecções anteriores, como anemia, atraso de crescimento, prejuízo à função cognitiva, pneumonia e consequências do nanismo; (3) e impactos ao bem-estar em seu sentido amplo, como ausência escolar, pobreza, diminuição da produtividade econômica, entre outros.

como em quantidade suficiente para a garantia de condições básicas de conforto.⁷

Também faz parte do saneamento básico a coleta, o tratamento e a disposição ambiental adequada e sanitariamente segura de águas residuais (esgotos sanitários, resíduos líquidos, industriais e agrícolas). Além da coleta de águas pluviais e controle de empoçamentos e inundações, sem esquecer o acondicionamento, a coleta, o transporte e/ou a destinação final de resíduos sólidos (rejeitos domésticos, do comércio e serviços, hospitalares e industriais).

Tudo a estabelecer estreita relação do saneamento com a preservação e desenvolvimento de condições de saúde (Art. 200, IV, CF/88)⁸ e de habitabilidade mínima (Arts. 6º e 23, IX, CF/88) para o conjunto da população.

Não obstante, a centralidade do tema do saneamento básico para o desenvolvimento social houve desde a formação da República dúvidas federativas recorrentes quanto à quem competia o exercício de tal serviço público.

Tais dúvidas foram historicamente construídas, já desde o século XIX, com o início da organização da infraestrutura sanitária por multinacionais estrangeiras nas diversas províncias do Império, mas que, no início da República, foi centralizado pelo poder público com a estatização das empresas privadas de capital estrangeiro sem, no entanto, haver maior cobertura territorial do saneamento no Brasil.

A expansão do saneamento somente ganhou maior expressão na primeira metade do século XX com o movimento de reforma sanitária que buscava sustentar um crescimento da qualidade da saúde pública brasileira, só adquirindo independência como política pública no final da década de 1960, coincidindo com a ditadura militar no Brasil e a formação do Plano Nacional e Saneamento Básico (PLANASA), no qual a União – com financiamento por meio do Banco Nacional de Habitação (BNH) – organizou o saneamento por meio de forte direcionamento orçamentário para os municípios para implantação e expansão dos serviços de saneamento básico (CARVALHO, 2010, p. 110).

O PLANASA determinou que os municípios aderentes tinham que realizar concessões de prestação do serviços às recém-criadas Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs), organizadas como sociedade de economia mista tendo como principal acionista os respectivos Estados⁹.

Os impactos de longo prazo do PLANASA levaram a que a prestação dos serviços de saneamento no Brasil seja dominada por 24 sociedades de economia mista de abrangência regional (85,7%) com pequena participação, em qualquer índice, das prestadores microrregionais e locais. Os serviços prestados pelas Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs) alcançam

⁷ O relatório “Diretrizes para Saneamento e Saúde” da Organização Mundial da Saúde (2018, p. 5) indica que “saneamento é definido como acesso a e uso de instalações e serviços de disposição segura de urina e fezes humanas”.

⁸ Sobre a articulação entre a política urbana e a política de saneamento, Dias, Raiol e Nonato (2017, p. 1797) sustentam que “a afirmação do direito à cidade passa, necessariamente, pela promoção do direito ao saneamento, de modo que se pode dizer que os aspectos material e instrumental que compõem a política de saneamento estão em plena harmonia com o direito à cidade, em especial com a justiça socioambiental, diante da relação umbilical entre o referido serviço e o bem-estar de cada pessoa”.

⁹ A política de saneamento brasileira das décadas de 70 e 80 tem sido razoavelmente esquadrihada por estudos em várias áreas, centrados na análise da principal política pública desse período: o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), editado durante o regime autoritário.

Assim, não é de modo algum estranhável a predominância da crítica à excessiva centralização decisória na esfera federada através do BNH: a marginalização de grande número de municípios, que não aderiram ao Planasa e tiveram o acesso à assistência financeira e administrativa; a inviabilidade financeira e rigidez da política tarifária; a concepção restrita de saneamento básico à provisão de água e esgoto às áreas urbanas; lógica empresarial na produção do saneamento, onde os requisitos de auto-sustentação financeira foram impositivos na eleição das prioridades do programa, etc.” (COSTA, 1991, p. 31). No mesmo sentido, “o regime militar conduziu a concentração dos serviços de água e esgotos nas empresas estaduais, induzindo a formação de empresas públicas fortes e enfraquecendo a autonomia municipal. Empréstimos federais foram usados de forma coercitiva para quebrar a resistência de municípios à entrega da concessão dos serviços para as empresas estaduais (MARICATO, 2011, p. 12).

78,3% dos municípios para abastecimento de água e 55,8% para esgotamento sanitário. Em termos de cobertura populacional, sua abrangência alcança 74,4% e 67,1%, respectivamente (SNS, 2017, *online*).

Aliado a esse histórico de cooperação federativa no saneamento básico, a Constituição Federal de 1988 falhou em prever limites claros ao exercício de tal competência entre os entes da federação levando a importantes dúvidas sobre a legitimidade de ações e normas da União, Estados e Municípios.

As poucas normas constitucionais sobre o assunto estão no artigo 21, inciso XX (lei ordinária federal como norma geral sobre o saneamento básico¹⁰), 23, inciso IX (competência administrativa comum para melhoria das condições de saneamento básico¹¹), e 30, inciso V (competência administrativa privativa dos Municípios para organizar e prestar os serviços públicos de interesse local), que, no entanto, não esgotam as questões jurídicas que envolvem o saneamento básico brasileiro. Isto porque a principal regra de competência é a de predominância do interesse que, em termos de saneamento básico, está relacionado principalmente com a forma como a *urbe* se desenvolve ao longo do tempo.

A dúvida principal, no entanto, envolve o exercício da competência do serviço de saneamento básico para as áreas metropolitanas, como revelou o Min. Eros Grau, que desenvolveu o tema da formação dos grandes centros metropolitanos desde 1930 como expressões de geografia humana voltada a atender funções metropolitanas, entendidas como:

[a]ktividades e serviços urbanos, ou parte destes, que, pela natureza de sua disciplina, implantação ou operação, resultem em conexões e interferências recíprocas entre os diferentes municípios, exigindo ação unificada e planejada que ultrapasse seus limites institucionais. (GRAU, 1974, p. 17).

Desta forma, entende ser inviável tratar o tema do saneamento básico como competência isolada dos Municípios, por ser patente a incapacidade individual dos 5.570 Municípios brasileiros em prestar devidamente tal serviço público de dimensão regionalizada.

A solução inicial foi trazida, na opinião do Min. Eros Grau, pela Emenda Constitucional n. 01/69, que normatizou a necessidade de instituição de serviços metropolitanos por meio do que a atual Constituição atribui aos Estados-membros para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões entre municípios limítrofes para a prestação de serviços comuns que requerem integração da organização, do planejamento e da execução (art. 25, § 3º, CF/88).

Vital passo adiante foi dado com o julgamento no STF, iniciado em 1999 na MC ADI 2077/BA (rel. Min. Ilmar Galvão, j. 06/03/2013¹²), incorporado em 2004 na ADI 1.842/RJ (rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06.03/2013) e continuado em 2007 pela ADI 2.340/SC (rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/03/2013), que estabeleceu a interpretação última sobre o tema.

A riqueza dos debates lançaram luzes sobre diversos aspectos do saneamento, primeiro ao afirmar que a competência da prestação do serviço público de saneamento básico é local, portanto

¹⁰ Importante considerar que a competência da União para editar norma geral, tal qual a implantação de parâmetros nacionais de qualidade e quantidade de água servida, não autoriza a exaurir o tema, esvaziando, de modo indireto, a autonomia municipal para a prestação do serviço público de saneamento básico (BARROSO, 2002, p. 259).

¹¹ Não está em questão aqui o exercício de uma espécie de titularidade compartilhada entre os entes federativos para a prestação do serviço público de saneamento básico, mas a viabilidade do exercício de federalismo cooperativo de ação conjunta para o desenvolvimento do saneamento básico. Essa atuação comum não interfere na titularidade do serviço. (BARROSO, 2002, p. 260).

¹² O julgamento definitivo da ADI 2.077/BA foi finalizado em 30/08/2019 sob a relatoria do Min. Alexandre de Moraes.

dos Municípios¹³. E que a atuação dos Estados na formação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões não compromete a integridade da competência constitucionalmente atribuída aos Municípios para tratar de prestação de serviço de interesse local, ainda que devido à formação de conurbações urbanas a qualidade da prestação requeria integração interlocal.

Se os princípios da eficiência e da economicidade demandam a formação de cooperação interfederativa de abrangência regional, não significa simples transferência de competências para o Estado, pois caberá ao órgão colegiado a gestão integrada do serviço de saneamento regionalizado. As justificativas da regionalização, sejam por circunstâncias naturais do serviço como a amplitude supramunicipal das bacias hidrográficas, seja pelo elevado custo de implantação e manutenção adequada do serviço que demandam expressivos aportes financeiros, todas não são suficientes para retirar ou restringir a competência municipal¹⁴.

A gestão associada do saneamento pode, de forma constitucionalmente válida, ser prestada de forma compulsória por meio da instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 25, § 3º, CF/88) ou de forma voluntária pela formação de consórcio público ou convênios de cooperação (art. 241, CF/88), tudo a privilegiar a economicidade e a eficiência de recursos naturais e financeiros.

Neste ponto, interessante a manifestação do Min. Gilmar Mendes quando afirma que a gestão associada determina o planejamento das ações de saneamento de forma articulada por estrutura colegiada “em que a vontade de um único ente não fosse imposta a todos os demais entes políticos participantes” (ADI 2340/SC, fl. 243).

O Min. Joaquim Barbosa reforça tal posicionamento quando afirma que, nos serviços regionalizados, a titularidade das competências não pode ser somente do Estado, mas compartilhadas entre esse e o Município. Logo, qualquer alijamento do Município no processo decisório relativo à decisão sobre o modelo gerencial de serviços de saneamento básico é flagrantemente inconstitucional (ADI 1842/RJ, fl. 47 e seguintes). Ademais, mesmo que o Município compartilhe infraestruturas e instalações operacionais, tal condição não afeta a sua titularidade sobre os serviços de saneamento (ADI 2.077/BA, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 30/08/2019).

A síntese da tríade dos julgamentos do STF é a preservação da autonomia político-administrativa do Município com proteção da autodeterminação política, mesmo que as características históricas do serviço de saneamento brasileiro tenham natureza predominantemente pública e prestada por gestão associada, compulsória ou voluntária, por meio de consórcio público

¹³ “Todo o serviço público que não esteja expressamente afetado a outro ente federativo e que possa ser caracterizado como de predominante interesse local, relativamente ao interesse dos Estados e da União, será da competência dos Municípios. A regra vale, naturalmente, para os serviços afetos ao saneamento básico”. (BARROSO, 2002, p. 262.)

¹⁴ “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.

Tanto é assim que o entendimento da doutrina é o de que a associação à região metropolitana é compulsória para os Municípios. Ou seja: editada a lei instituidora da região metropolitana – atualmente, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição, uma lei complementar estadual –, não podem os Municípios se insurgir contra ela. E isso porque o elemento local, particular, não pode prejudicar o interesse comum, geral; se a associação não fosse compulsória, faleceria a utilidade da instituição da região metropolitana para o atendimento do interesse público regional de forma mais eficiente.

Toda a população da região seria prejudicada pela ação ilegítima da autoridade local, mesmo porque, a essa altura, os serviços em questão não podem mais ser considerados como de predominante interesse local. Essa é a opinião, entre muitos outros, de Alaôr Caffé Alves, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1999, p. 70) e Sérgio Ferraz (1972, p. 22).

Vale ainda fazer uma observação final neste tópico. É que a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões por uma lei complementar estadual, com a conseqüente assunção, pelo Estado, das competências para os serviços comuns, não representa restrição indevida da autonomia municipal. (...)

Desse modo, e para os fins que aqui importam, a conclusão é que se, em determinada circunstância, o saneamento básico for considerado um serviço de interesse comum ou regional, e não local, ele deverá ser prestado pelos Estados, e não pelos Municípios” (BARROSO, 2002, p. 263-264).

ou convênio de cooperação.

Com a recente aprovação da Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020, que alterou fortemente a Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, foram estabelecidas as Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, gerando sérias alterações infraconstitucionais no cenário de competências regionais do saneamento brasileiro.

Sobre a prestação de serviço público de saneamento de interesse comum das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões¹⁵, a novidade é a imposição que tal formação dependa do "compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios"¹⁶, o que parece ser conformação legislativa para além da legitimidade do legislador ordinário já que o art. 25, § 3º, CF/88 não impõe tal limitação.

A Lei n. 14.026/20 adere à tradição de regionalização do serviço de saneamento, porém impõe sua implementação de forma centralizada por meio de condicionamento de acesso a recursos financeiros da União à implantação de Unidades Regionais de Saneamento Básico pelos Estados e Blocos de Referência pela União.

Sobre as Unidades Regionais de Saneamento Básico, apesar de serem instituídas pelos Estados, não há a mesma previsão constitucional da regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões¹⁷ que tem vinculação compulsória, portanto dependerá da adesão voluntária dos Municípios por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação nos termos do art. 241, CF/88¹⁸.

Da mesma maneira, a formação de Blocos de Referência pela União é exercício subsidiário à criação de Unidades Regionais de Saneamento Básico pelos Estados, que da mesma forma depende da voluntariedade dos Municípios para integrá-las.

Em ambos os casos, a voluntariedade municipal depende de lei formal municipal autorizadora editada por cada Município¹⁹ que venha a integrar a Unidade Regional de Saneamento Básico ou o Bloco de Referência²⁰.

A estranheza é que a novel legislação restringe a gestão associada à formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, compostos exclusivamente por Municípios²¹; retira, portanto, da gestão associada do art. 241, CF/88, a União e o Estado que sempre foram importantes partícipes das políticas públicas de saneamento básico no Brasil, seja como ente financiador seja como ente executor, respectivamente.

Adicionalmente restringe que a gestão associada tenha como objetivo exclusivo o financiamento de implantação de infraestrutura de saneamento básico, além de vedar que possa ser formalizada mediante contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública²². É contrário à Constituição Federal de 1988 que os entes federativos que formarão, no exercício de suas autonomias, a estrutura federativa colegiada não possam determinar quais objetivos pretendem que o Consórcio Público abarque, nem possam decidir qual a melhor forma de gestão contratual entre titulares e prestadores do serviço público²³.

¹⁵ Art. 25, § 3º, CF/88.

¹⁶ Art. 3º, inciso XIV, Lei n. 11.445/07, alterado pela Lei n. 14.026/20.

¹⁷ Art. 25, § 3º, CF/88.

¹⁸ Questão prática é saber como uma Região Metropolitana, portanto compulsória, pode ser inserida em uma Unidade Regional de Saneamento Básico, que é voluntária, para que possa atender ao requisito de sustentabilidade econômico-financeira do art. 8º, § 2º, Lei n. 11.445/07, alterado pela Lei n. 14.026/20.

¹⁹ Art. 29, *caput* e inciso XI, CF/88.

²⁰ O que importa contrariedade ao art. 8º, § 4º, Lei n. 11.445/07, alterado pela Lei n. 14.026/20, que autoriza (de forma inconstitucional e antidemocrática) que a formalização da gestão associada dependa de concordância isolada do Chefe do Executivo do Ente Federativo, sem manifestação do respectivo Poder Legislativo.

²¹ Art. 8º, § 1º, I, Lei n. 11.445/07, alterado pela Lei n. 14.026/20.

²² Art. 8º, § 1º, II, Lei n. 11.445/07, alterado pela Lei n. 14.026/20.

²³ "Está ficando cada vez mais claro que, diferentemente de criar um ambiente juridicamente seguro para os investimentos, a nova Lei provoca uma intensa instabilidade jurídica, como demonstra o ajuizamento de várias ações

Em síntese conclusiva parcial sobre a competência constitucional para a prestação do serviço de saneamento básico, tem-se que os municípios são titulares dos serviços de interesse local, mesmo quando haja infraestruturas e instalações operacionais fora da área territorial municipal. Quanto ao interesse comum derivado da gestão de eficiência administrativa e financeira do serviço, a gestão associada pode ser compulsória por meio da formação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 25, § 3º, CF/88), ou voluntária por meio de contrato de programa ou convênios de cooperação (art. 241, CF/88).

Em qualquer caso a autonomia federativa dos Municípios²⁴ não pode ser reduzida. Mesmo que no compartilhamento das decisões de gestão com outros entes federativos, todos têm participação garantida na tomada de decisão colegiada, não podendo haver mandamento legal que impeça ou limite o exercício da prestação regionalizada pelos Municípios e Estados quanto ao modelo contratual da gestão ou ainda aos objetivos consorciais.

2 O INSTITUTO DO *SPENDING POWER* E SEU TRANSPORTE AO DIREITO BRASILEIRO

“*Spending Power*”²⁵ é uma expressão americana advinda da *Spending Clause*, presente no Artigo 1, Seção 8, Cláusula 1 da Constituição dos Estados Unidos, conhecida por servir de meio para que o ente nacional²⁶ condicione o repasse de recursos financeiros para os entes subnacionais²⁷ em troca de envolvimento ou de abstenção em certas atividades de competência subnacional (YEH, 2017, p.1). A *Spending Clause* (1787, online) estabelece que: “O Congresso terá o poder de estabelecer e cobrar taxas, direitos, impostos e tributos, para pagar as dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos; mas todos os direitos, impostos e tributos devem ser uniformes em todos os Estados Unidos”.

É por meio desse instituto que o Governo Federal (ou Congresso, ou ente nacional) negocia com os legisladores estaduais a extensão do seu alcance regulatório em zonas constitucionalmente reservadas aos Estados, para a implementação de políticas em áreas como saúde e educação (RYAN, 2011, p. 25 e 37).

As considerações acerca da natureza constitucional do *Spending Power* são datadas da época dos *Founding Fathers*, ou Pais Fundadores dos Estados Unidos: Alexander Hamilton (1755-1804) acreditava que o Congresso poderia taxar e destinar recursos para qualquer finalidade que servisse ao bem-estar social, desde que não violasse provisões constitucionais, enquanto que James Madison (1751-1836) afirmava que o Congresso estava limitado a taxar e utilizar recursos apenas para os poderes especificamente enumerados na Constituição (CHEMERINSKY, 2001, p. 90-91).

Como será tratado ainda nesse item, a Suprema Corte estadunidense adotou em 1936 o posicionamento de Hamilton em detrimento ao de Madison, entendendo, então, pela sua natureza constitucional, e conseqüentemente, pela interpretação extensiva dos poderes do Congresso, persistindo assim até hoje, mas com imposições de limitações para o uso constitucional desse poder.

De acordo com Palu (2019, p. 1), a discussão do *Spending Power* tem como escopo a

de inconstitucionalidade. (...) Vários são os pontos da nova Lei que aparentam inconstitucionalidade. Ilustramos com dois deles: 1) o impedimento da cooperação interfederativa entre municípios e estados na prestação dos serviços públicos de saneamento básico, em frontal desrespeito ao artigo 241 da Constituição; 2) a ofensa à autonomia municipal, consubstanciada pela negação da titularidade municipal, quando houver qualquer tipo de compartilhamento de infraestrutura operacional de serviços de saneamento entre mais de um município. Esta última “inovação” da Lei contraria inclusive a posição do STF quando julgou ADIs anteriores sobre a titularidade do saneamento em regiões metropolitanas”. (HELLER; MONTENEGRO; SILVA, 2020, online)

²⁴ Arts. 1º, 18, 30, incisos I e V, e 34, inciso VII, alínea ‘c’, todos da CF/88.

²⁵ Expressão também conhecida como “Poder Orçamentário” ou “Força Orçamentária”.

²⁶ Congresso, nos Estados Unidos, e União, no Brasil.

²⁷ Estados e localidades, nos Estados Unidos, e Estados Municípios no Brasil.

atribuição de força orçamentária ao ente nacional e o impacto disso nos entes subnacionais, pois se esse poder for interpretado como independente de regulação, o ente nacional indiretamente adquire poderes regulatórios em áreas de regulação exclusiva dos entes subnacionais.

Para que o *Spending Power* não seja utilizado como poder arbitrário pelo Congresso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América determinou algumas limitações a partir da evolução do debate na Corte ao longo dos anos, como será detalhado a seguir.

O *Spending Power* é um instrumento constitucional que permite que o Congresso (ente nacional) negocie com os entes subnacionais, por meio de incentivos financeiros, a ampliação do alcance do interesse federal em matérias de autonomia e competência estaduais ou locais, no entanto, para evitar que viole o pacto federativo deve respeitar as limitações impostas pela Suprema Corte estadunidense em seus julgamentos, que serão expostos a seguir, cronologicamente.

Em 1936, durante o julgamento do caso *United States v. Butler*, a Suprema Corte teve de debater se o Congresso deveria se limitar aos poderes devidamente enumerados no Artigo 1, Seção 8, Cláusula 1 da Constituição, ou se poderia ter interpretação extensiva dos seus poderes de taxar e gastar desde que tenha como fim o bem-estar social. A Corte decidiu pela interpretação extensiva dos poderes da entidade nacional, desde que aplicados visando o bem-estar social. A Corte teria adotado, então, posicionamento favorável àquele defendido por Hamilton ainda durante a fundação dos Estados Unidos.

No ano de 1937 houve o julgamento do caso *Steward Mach. Co. v. Davis*, em que restaram determinadas as limitações de relevante interesse federal e de uso dos recursos de modo não-coercitivo, que são intrinsecamente interligadas, pois qualquer condição de concessão de valores referentes aos fundos federais deve respeitar o federalismo, e em momento algum a pressão feita pelo ente nacional aos entes subnacionais deve ultrapassar o limite ao ponto de se tornar medida de compulsão para que estes adiram às condições impostas. Esse posicionamento foi reiterado no julgamento do caso *South Dakota v. Dole*, de 1987.

Conforme o Juiz Sutherland, durante o julgamento do caso *Steward Mach. Co. V. Davis* na Suprema Corte: “[O]s estados não são coagidos pela legislação federal a adotar leis de desemprego. As disposições da lei federal podem operar para induzir o estado a aprovar uma lei trabalhista se considerar que tal ação é de seu interesse. Mas isso não é coerção” (JUSTIA, 2020, *online*).

Em 1981, a partir do caso *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou ser necessário para o uso constitucional do *Spending Power* que os termos de repasse dos recursos federais tenham cláusulas claras, sem ambiguidade. Desse modo, é preciso que as entidades subnacionais apresentem consentimento, informado e voluntário, para todas as condições propostas pelo Congresso, proibindo, assim, alterações unilaterais pelo ente nacional, e o surgimento de “cláusulas retroativas” (YEH, 2017, p. 8).

Segundo trabalho publicado pela Universidade Missouri-Kansas City (2020, *online*), um dos casos mais recentes em que a limitação ao *Spending Power* foi invocado na Suprema Corte é o *National Federation of Independent Businesses v. Sebelius*, de 2012, que discutia os termos do programa de financiamento da saúde “*Patient Protection and Affordable Care Act (ACA)*”, também conhecido como “*Obamacare*”. Foi declarado inconstitucional pela Corte a ameaça do Congresso de reter os recursos de financiamento do programa Medicaid (parte do “*Obamacare*”) aos Estados por não terem cumprido com a expansão da cobertura do programa, proposta após a assinatura do contrato.

Em 2013, no julgamento do caso *United States 'Agency for International Development v. Alliance for Open Society*, outra limitação foi invocada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América ao uso do Poder Orçamentário: é a de que não pode fazer com que os entes subnacionais se envolvam em atividades inconstitucionais (YEH, 2017, p. 10). O caso discutia a exigência feita pelo Governo federal de que os bilhões de dólares de recursos do Fundo de Combate às Doenças AIDS, Tuberculose e Malária (*U.S. Leadership against HIV/AIDS, Tuberculosis, and Malaria Act*

of 2003) só seriam concedidos às organizações que tivessem política explicitamente contra a prostituição e ao tráfico sexual, resultando na conclusão da Corte de que se tratava, na verdade, de imposição de crença como condição de concessão de recursos de um fundo federal, violando a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos (OYEZ, 2020, online).

Ante o exposto, ressalta-se que é preciso ter cuidado ao fazer a análise das limitações para o uso constitucional da força orçamentária, especialmente as de interesse federal e de uso para o bem-estar social, pois caso não escrutinizadas, levarão à “Falácia da Supremacia”²⁸ (ENGDAHL, 1994, p. 62-64). Isto é, o interesse federal fica entendido como superior e inquestionável, podendo adentrar nas competências dos outros entes, valendo-se da máxima de que somente o Congresso dita o que deve ser considerado como “bem-estar social”. Diante dessa “supremacia incontestável” do Congresso, os outros entes seriam financeiramente induzidos a obedecerem às cegas.

Essa “Falácia da Supremacia” tem como exemplo prático a fala do Juiz Cardozo, da Suprema Corte Estadunidense, no julgamento do caso *Helvering v. Davis*, de 1937, quando fez menção à *Supremacy Clause*, ou Cláusula da Supremacia, presente no artigo VI, parágrafo 2 da Constituição – que determina que as leis federais prevalecem sobre quaisquer leis estaduais, até mesmo suas constituições –, para declarar que as entidades subnacionais devem seguir as decisões do Congresso quanto às condições dos fundos, e também às opções de política (*policy choices*), quanto a assuntos que sequer tangenciam os poderes enumerados na Constituição. Logo, segundo o Juiz Cardozo, os Estados deveriam seguir as determinações do Congresso sem qualquer contestação ante a sua supremacia (ENGDAHL, 1994, p. 62-63), o que prejudicaria, por exemplo, o Federalismo e as autonomias das entidades subnacionais.

Um dos atos do Congresso Estadunidense que respeitou todas as limitações ao *Spending Power*, e ilustra bem a capacidade de indução de engajamento nas políticas federais pelas entidades subnacionais, é o *Federal-aid Highway Program*, introduzido pelo *United States Code* (U.S.C.) n. 23, §153 e §158, de 2000, que condicionou o repasse de recursos para construção, manutenção e promoção de direção segura nas estradas e rodovias aos Estados à criação e aplicação de leis de uso obrigatório de cintos de segurança, e ao aumento da idade legal para consumo de bebidas alcólicas para 21 anos (ZIETLOW, 2002, p. 175).

Analisando o caso acima, percebe-se que elucida o uso constitucional da força orçamentária por ter sido elaborado para servir ao relevante interesse federal de reduzir acidentes com morte nas estradas (ao exigir o uso de cinto de segurança, e aumentar a idade para consumo de álcool), por visar o bem-estar social geral pelas razões previamente citadas, e por possibilitar o consentimento, informado e voluntário, das entidades receptoras dos recursos (Estados), além da elaboração clara e do respeito às provisões constitucionais.

Em síntese, para que o *Spending Power* não seja utilizado como poder arbitrário pelo Congresso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América determinou algumas limitações a partir da evolução do debate na Corte ao longo dos anos, como pode ser visto a seguir:

(1) As condições de repasse dos recursos devem ser claras, não cabendo ambiguidades ou cláusulas genéricas, muito menos podem ser unilateralmente determinadas pelo concedente; (2) não poderá violar previsões constitucionais²⁹; (3) a concessão dos recursos para esses projetos deve ser de relevante interesse nacional; (4) não poderá servir de mecanismo de coerção, ou seja, deverá ser usado como atrativo aos entes subnacionais, garantindo que os “aderentes” tenham escolha real no caso de não aceitarem os termos impostos pelo Congresso; (5) todo e qualquer exercício do *Spending Power* há de ter como objetivo a garantia e o alcance do bem-estar social (YEH, 2017, p. 10; PALU, 2019, p. 5).

É, portanto, notável perceber que houve a importação de um mecanismo de ação federalista que não se coaduna à lógica do federalismo brasileiro, ainda que herdeiro do próprio

²⁸ A Falácia da Supremacia atribui a supremacia não para o ato de desembolsar (*spending*) em si, mas sim à vontade do Congresso de influenciar qualquer questão por meio de incentivos financeiros (ENGDAHL, 1994, p. 64).

²⁹ Nos Estados Unidos, não podem ser violadas as previsões constitucionais e as Emendas (*Amendments*).

federalismo estadunidense.

Em primeiro plano, porque o origem do sistema dual de entes federativos é ampliado no Brasil com o ingresso dos Municípios como ente federativo. Tal situação atrai uma hipercomplexidade ao federalismo brasileiro ante o acréscimo de mais de cinco mil entes federativos com imensa heterogeneidade interna que torna muito difícil tratá-los como entes verdadeiramente autônomos. E este fato, traz a segunda diferença em termos de antropologia jurídica porque a divisão de poderes entre o governo local e federal transpassa o pequeno orçamento público municipal capaz de endereçar adequadamente soluções para as competências federativas que lhe são atribuídas. Enquanto lá, vê-se a pujança econômica de entes federativos como California, Texas e New York, aqui vemos a dependência econômica dos municípios nas caravanas anuais dos prefeitos brasileiros aos gabinetes ministeriais em Brasília³⁰. A respostas constitucionais e legais à dessemelhança dos federalismos estadunidenses e brasileiro não permite, portanto, que o transporte de institutos seja feito sem o devido cuidado de adaptação.

Nota-se, portanto, que o *Spending Power* é o meio de negociação do Governo Federal que mais gera discussões constitucionais, pois é possível afirmar que boa parte dos acordos feitos por meio do uso da força orçamentária favorecem o ente nacional em detrimento da autonomia federativa do ente estadual, que sofrem “efetiva coerção” para que haja interferência na competência estadual (RYAN, 2011, p. 38). Todavia, é importante ressaltar que a Suprema Corte declarou que os estados detêm o poder final de decidir se aceitam ou não o acordo.

A partir do que fora exposto até agora, entende-se que o conceito de *Spending Power* como poder enumerado da Constituição já se encontra consolidado nos Estados Unidos – haja vista toda a discussão em torno da sua previsão na *Spending Clause* –, e que os casos em que é usado devem ser analisados individualmente para que haja o respeito a todas as limitações a esse poder declaradas pela Suprema Corte ao longo dos anos.

Simplificando, o problema para a doutrina do *Spending Power* moderno é o seguinte: Como os tribunais podem distinguir e invalidar aquelas ofertas condicionantes de fundos federais aos Estados que ameaçam a Décima Emenda e sua noção de um Governo Federal de poderes limitados, enquanto ao mesmo tempo possibilitam ao Congresso um Poder Orçamentário para o bem-estar geral, que é maior do que seu poder de regular diretamente os Estados? (BAKER, 2014, p. 72)

O *Spending Power* está essencialmente conectado ao Federalismo, visto que sua aplicação ora está mais próxima da uniformização de políticas sociais, ora da discussão acerca das autonomias federativas, devendo, portanto, ser analisado *in casu*.

Conforme ilustra Pacífico,

A diferença basilar entre o Brasil e os EUA é que a competência da União, nos EUA, é aplicada apenas subsidiariamente àquilo em que os cidadãos, os municípios e as comunas ou os estados federados não legislam; ao passo que no Brasil acontece justamente o contrário: a União tem a competência privativa para

³⁰ Caravana de prefeitos busca recursos esta semana em Brasília. Gazeta do Cerrado, 27/04/2021 in <https://gazetadocerrado.com.br/caravana-de-prefeitos-busca-recursos-esta-semana-em-brasilia/> acesso em 21/11/2021. Prefeitos baianos se preparam para caravana a Brasília no dia 22. NewsBA, 09/11/2017 in <https://newsba.com.br/2017/11/09/prefeitos-baianos-se-preparam-para-caravana-brasilia-no-dia-22/> acesso em 21/11/2021. Ação da ATM garante caravana de gestores municipais em Brasília. Confederação Nacional dos Municípios (CNM), 11/05/2018 in <https://www.cnm.org.br/index.php/comunicacao/noticias/acao-da-atm-garante-caravana-de-gestores-municipais-em-brasilia> acesso em 21/11/2021. Famem lidera caravana histórica rumo a Brasília. Federação dos Municípios do Estado do Maranhão (FAMEM), 06/04/2019 in <https://famem.org.br/noticias/noticias/exibe/0016163-famem-lidera-caravana-historica-rumo-a-brasilia> acesso em 21/11/2021.

legislar sobre quase tudo, ficando à cargo dos estados-membros tudo o que não conflitar com a união e, somente então, caso sobre algum resquício de poder, os municípios, como entes federativos que são, postulam seus direitos de legislar (PACÍFICO, 2012, p. 41)

Observa-se que é mais comum a ocorrência do uso do *Spending Power* nos Estados Unidos, visto que há maior descentralização dos poderes entre o ente nacional e os entes subnacionais. No entanto, nada impede que haja a “importação” da ideia do Poder Orçamentário para o Brasil, especialmente quando os limites de competências dos entes não são muito bem delimitados, como nos casos de competência concorrente.

No federalismo brasileiro, sobra muito pouco para que os entes “hierarquicamente inferiores” à União exerçam suas competências legislativas, pois ainda que esteja prevista a descentralização política – característica do sistema federativo –, há na prática a centralização de poderes no ente nacional.

Como tratado no capítulo anterior, no Brasil, enquanto a competência para traçar diretrizes gerais sobre saneamento básico pertence a União, há competência comum entre todos os entes federativos para a promoção das condições de saneamento básico, mas também a competência para a prestação do serviço público entregue aos municípios, pois o artigo 30, inciso V, da Constituição Federal de 1988 garante a esses entes a prestação dos serviços públicos de interesse local.

Conseqüentemente, o saneamento básico, por ser matéria que envolve competências tanto da União (diretrizes gerais), e dos Municípios ou do ente regional (prestação do serviço de saneamento), além da competência comum entre União, Estados e Municípios para a promoção do saneamento, pode claramente se tornar objeto do uso da força orçamentária por parte do ente nacional, por ser o ente que detém mais recursos e maior poder legislativo.

Ainda que não seja possível afirmar que haja no Brasil uma doutrina de *Spending Power* igual a dos Estados Unidos, verifica-se a importação modificada do conceito e de suas aplicações, visto que a União, por meio dos repasses de recursos, busca alcançar objetivos de relevante interesse federal, além do bem-estar geral. Sobrevém que também é trazida para a nossa realidade nacional a possibilidade de excesso de poder orçamentário por parte da União.

Um dos critérios para o uso constitucional da força orçamentária nos Estados Unidos é que os valores previstos para repasse não devem ser usados de maneira coercitiva, isto é, os entes subnacionais precisam ter o consentimento livre e voluntário das cláusulas para repasse, pois o que marca o *Spending Power* é a negociação para a extensão do poder federal às esferas estaduais e municipais, então os receptores dos recursos precisam estar cientes e devem concordar com os termos.

Da forma como está estruturado o federalismo brasileiro, a autonomia dos municípios para a prestação do saneamento básico se deve à preponderância do interesse local cumulado com as particularidades de cada serviço, contudo, é inegável a necessidade de repasses de recursos da União para que o serviço seja prestado com eficiência.

Há de ser escrutinado, portanto, o modo como esses repasses estão sendo regulamentados pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei n. 14.026/2020), pois como será tratado no próximo capítulo, há verdadeira imposição de inúmeras condições para o recebimento desses recursos, com previsão de encerramento dos repasses federais para saneamento básico caso não cumpridas tais condições. Ou seja, a nova lei de saneamento básico se vale da coerção orçamentária para que haja o cumprimento de diretrizes de interesse federal.

3 NOVA LEI DO SANEAMENTO: A AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA) E AS NORMAS DE REFERÊNCIA NACIONAL

O novo marco regulatório do setor foi aprovado em meio à maior crise sanitária já

enfrentada. Tal qual um organismo vivo, o *direito ao saneamento básico* reclama hábitos saudáveis em busca de assegurar que os direitos fundamentais inseridos neste conceito possam gozar de intergeracionalidade. Uma vez que exige uma visão holística do Direito, envolve temas de direito administrativo, constitucional, federativo, sanitário e, dentre outros, o enfoque que aqui se pretende: uma análise sobre o financiamento para que seja possível implementar uma realidade possível nos municípios.

Observa-se um decréscimo de dispêndio de valores públicos por meio do orçamento federal para a área do saneamento básico. Em 2017, a cifra foi de R\$ 714,60 milhões. Em 2018, de R\$ 558,41 milhões. Em 2019, de R\$ 450,74 milhões (BRASIL, 2020, *online*).

A Lei n. 14.026/2020 alterou a Agência Nacional de Águas (ANA) atribuindo-lhe nova competência, a de regular o saneamento básico – cujo nome passou a ser Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. É entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh)³¹. Embora sejam variadas mudanças, destacam-se três consideradas essenciais:

(1) A concentração de poder regulamentar na ANA por meio das “Normas de Referência” com o pretexto de implementar metas e parâmetros técnicos uniformes em todo o país, sob o argumento da eficiência dos serviços públicos.

(2) Parcerias colaborativas e maior participação de entes privados, numa mescla entre atrair investimentos privados às finalidades públicas, item com o qual se pretende reduzir possíveis obstáculos em prol de maior segurança jurídica.

(3) Permitir acesso ao mercado para a iniciativa privada estabelecendo limites e vetos para arranjos entre entes públicos, obrigando-os a substituir os atuais contratos de programa (forma de consórcio firmado entre instâncias estaduais e municipais para o provimento de serviços de saneamento) por concorrências para concessões abertas a empresas privadas.

Uma vez pontuados esses três itens, um aspecto sobre a concretização do direito ao saneamento básico chama especial atenção: o financiamento. Em outras palavras, um exame sobre *se* o novo marco legal do saneamento impõe requisitos legais como condições ao acesso ao dinheiro público aqueles que precisam ou que desejam obter recursos para participar da política pública.

A ANA, fortalecida com as mudanças passa a exercer papel de destaque, se transforma em uma *superagência*, cujo poder regulamentar será responsável pela instituição de Normas de Referência para disciplinar os serviços públicos de saneamento básico, bem como estabelecer regras para sua atuação, sua estrutura administrativa e suas fontes de financiamento com os recursos da União.

Com a alteração do Art. 1 da Lei n. 9.984/2000³², a ANA passa a ter a competência de editar Normas de Referência para a regulação dos serviços, que deverão servir de diretrizes para os titulares dos serviços e as entidades reguladoras e fiscalizadoras.

A obediência às Normas de Referência tem vistas a viabilizar o acesso recursos públicos federais ou, ainda, a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, nos termos do Art. 50 da Lei n. 11.445/2007.

Ademais, o referido art. 50 traz um rol de condicionantes que funcionam como requisitos para aqueles que precisam dos recursos federais. Essas condições são:

I - ao alcance de índices mínimos de:

³¹ Será instituído o Comitê Interministerial de Saneamento Básico (Cisb), sob a presidência do Ministério do Desenvolvimento regional, para assegurar a implementação da política.

³² Art. 1º Esta Lei cria a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de Normas de Referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, e estabelece regras para sua atuação, sua estrutura administrativa e suas fontes de recursos.

- a) desempenho do prestador na gestão técnica, econômica e financeira dos serviços;
- b) eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos de saneamento básico;
- II - à operação adequada e à manutenção dos empreendimentos anteriormente financiados com os recursos mencionados no **caput** deste artigo;
- III - à observância das Normas de Referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA;
- IV - ao cumprimento de índice de perda de água na distribuição, conforme definido em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional;
- V - ao fornecimento de informações atualizadas para o Sinisa, conforme critérios, métodos e periodicidade estabelecidos pelo Ministério do Desenvolvimento Regional;
- VI - à regularidade da operação a ser financiada, nos termos do inciso XIII do **caput** do art. 3º desta Lei;
- VII - à estruturação de prestação regionalizada;
- VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada;
- IX - à constituição da entidade de governança federativa no prazo estabelecido no inciso VIII do **caput** deste artigo. **(grifo do texto original)**

O destaque reside em seu inciso III que exige a observância das Normas de Referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA.

Acrescente-se a isso que a Lei n. 14.026/2020 alterou a Lei n. 9.984/2000 em seu art. 4-B que, por sua vez, estabelece que a alocação de recursos serão feitos em conformidade com o art. 48 e 49, os quais tratam, respectivamente das diretrizes da política de saneamento básico no âmbito da União e dos objetivos da Política Federal de Saneamento Básico.

Na mesma linha de raciocínio, interessa pontuar que a ANA disciplinará, por meio de ato normativo, os requisitos e os procedimentos a serem observados pelas entidades encarregadas da regulação e da fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico. Isto porque os entes devem comprovar a adoção das normas regulatórias de referência, procedimento este que poderá ser gradual, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e a propiciar a adequada preparação das entidades reguladoras.

Certamente, o controle realizado pela ANA deve fiscalizar aquelas entidades que assim estejam atuando em consonância com as Normas de Referência. Portanto, o art. 4-B da Lei n. 9.984/2000 atribui a ANA a obrigação de manter atualizada e disponível em site eletrônico a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as Normas de Referência Nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, por meio de fiscalizações periódicas.

O novo marco regulatório estabeleceu requisitos legais e contratuais enquanto condicionantes para que os entes tenham acesso aos recursos públicos de três ordens:

- (1) Observância às Normas de Referência estabelecidas pela ANA.
- (2) Atendimento ao art. 48 da Lei n. 11.445/2007 que trata das diretrizes da política de saneamento básico no âmbito da União.
- (3) Cumprimento do disposto no art. 49 da Lei n. 11.445/2007 que dispõe sobre os objetivos da Política Federal de Saneamento Básico.
- (4) Atender todos os incisos do art. 50 da Lei n. 11.445/2007 que estabelece um rol-condição a viabilizar o acesso aos recursos públicos.
- (5) Integrar a listagem da ANA publicada em sítio oficial.

Considerando este conjunto normativo de condicionantes legais, é preciso ter a

sensibilidade de preservação quanto ao pacto federativo e à preservação da autonomia do município para perceber que o novo marco regulatório do saneamento básico estabelece condições por meio da ANA para que os demais entes federativos tenham acesso aos recursos públicos. Caso não sejam observados os requisitos legais, ficam comprometidos os repasses de valores.

Em que momento será preciso preencher todos esses condicionantes para se ter acesso aos recursos públicos? A imposição legal de que a entidade adote as Normas de Referência será obrigatória no momento da contratação dos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, conforme parágrafo segundo do art. 4-B da Lei n. 9.984/2000 – o que coaduna com o fato de que a ANA tem o dever de periodicamente atualizar e fiscalizar a lista dos entes que estejam cumprindo esses itens no sítio eletrônico.

Diante deste panorama, as eufemisticamente chamadas “Normas de Referência Nacionais” adquirem coercitividade, porque unicamente o atendimento aos requisitos legais será capaz de possibilitar acesso ao financiamento público da União e dos órgãos ou entidades da administração pública federal. Esta é uma prática conhecida no direito estadunidense como *Spending Power*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 14.026/2020 trabalha com a importação modificada do instituto estadunidense conhecido como *Spending Power*, no direito brasileiro, buscando que os entes municipais se adequem à força às normas que venham a ser editadas pela ANA no exercício de suas novas competências na regulamentação do saneamento básico brasileiro.

Em oposição às linhas mestras delineadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o modelo *Spending Power* trazido ao Brasil pela novel legislação extrapola os limites de competência da União para editar normas gerais que contenham diretrizes nacionais de unificação dos padrões e índices da prestação do saneamento básico no Brasil.

Percebe-se, por meio do estudo comparado, que a importação deste instituto fiscal não levou em consideração a diferença de sistemas jurídicos entre o Brasil e os Estados Unidos, ou seja, entre o *civil law* e o *commom law*. Isso também revela a fragilidade na técnica legislativa diante do princípio da subsunção porque condicionar o ente municipal às normas de referência para ter acesso aos recursos federais pode comprometer sua autonomia, uma vez que lhe retira a legitimidade ao seu próprio consentimento. Enquanto o sistema de *civil law* possui apego à estrutura rígida normativa culminando na Constituição Federal, o *commom law* apresenta tradição costumeira ante a regulamentação por meio de fonte jurídica jurisprudencial.

Ainda que seja relevante a edição de normas referenciais aos prestadores locais ou regionais como, de alguma forma, já vem sendo feito pelo Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab) desde de a redação original da Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. O fato é que, em respeito ao pacto federativo (Artigos 1º, 18, 30, incisos I e V, e 34, inciso VII, alínea ‘c’, todos da CF/88), as normas originárias da União, ou mesmo de uma agência federal, não podem obrigar os titulares da prestação do serviço.

A adoção da força orçamentária como estratégia coercitiva para que haja um alinhamento de interesses no saneamento brasileiro sob o comando da União viola a possibilidade de um consentimento informado e voluntário do entes locais porque este não têm, na realidade orçamentária brasileira, a legítima e real opção de não aderir às condições impostas pela Lei n. 14.026/2020 e as futuras regulamentações da ANA sob pena de não terem acesso aos necessários recursos orçamentários da União para financiar as metas de universalização do atendimento da população com água potável e de coleta e tratamento de esgoto até 2033 (art. 11-B, Lei n. 14.026/2020).

A autonomia política atribuída constitucionalmente aos Municípios não significa o

exercício fraticida do poder ou mesmo autossuficiência social, mas trabalha sob a ótica do cooperativismo entre unidades federativas em favor de um projeto nacional que, não obstante, não pode ser construída sobre a chancela unilateral de uma visão centralizada do Governo Federal como representativo de todos os desejos dos demais entes federais, principalmente, como no caso do saneamento básico, a competência é constitucionalmente exercida por cinco mil quinhentos e setenta municípios brasileiros com diferenças regionais, técnicas, sociais diferentes.

Ainda que se queira usar do mecanismo negocial do *Spending Power* estadunidense para endereçar soluções comuns para os enormes desafios do saneamento brasileiro, o fato é que o conjunto de dispositivos trazidos pela Lei n. 14.026/2020 sobre o assunto precipitam ingerência inconstitucional das Normas de Referência Nacional, de natureza infralegal (regulamentares), a serem editadas pela ANA por sobre a autonomias federativas municipais, como também das próprias agências reguladoras do setor de âmbito subnacional.

O *Spending Power*, apesar de ser adaptável ao direito brasileiro, deve ser modelado de forma a respeitar os limites da autonomia e distribuição de competências do pacto federativo, a não se impor unilateralmente pelo ente concedente de recursos orçamentários, garantir a adesão informada e voluntária sem que a não aceitação penalize excessivamente o ente regional ou local, e que o projeto da União seja relevante para o interesse nacional como indutor do bem-estar social.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). ODS 6 no Brasil: Visão da ANA sobre os indicadores. 2019. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/publicacoes/ods6/ods6.pdf>. Acesso em 12 set. 2020.

BAKER, Lynn A. The Spending Power after NFIB v. Sebelius. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, EUA, v. 37, n.1, 2014, p. 71-81.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 153, 2002, p. 255-270.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020. Marco Legal do Saneamento Básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm. Acesso em: 01 set. 2020

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento (SNS). Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: Diagnósticos dos serviços de água e esgotos: período de 2012 a 2017. Brasília: SNIS, 2019. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos>. Acesso em: 01 set. 2020.

CARVALHO, Vinícius Marques de. *O Direito do Saneamento Básico*. v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CHEMERINSKY, Erwin. Protecting the *Spending Power*. *Chapman Law Review*, [S.I.], 2001, p. 89-106.

COSTA, Nilson do Rosário. Política pública, ambiente e qualidade de vida: Revisitando o

Planasa. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, jun./1991, p. 31-39.

DIAS, Daniella Maria; RAIOL, Raimundo Wilson; NONATO, Domingos. Saneamento e Direito à Cidade: ponderações sobre abastecimento de água e esgotamento sanitário na cidade de Belém/PA. *Revista Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2017, p. 1784-1814.

ENGDAHL, David. *The Spending Power*. *Duke Law Journal*, Durham, EUA, v. 44, n.1, out./1994, p. 1-109.

EUA (1787). Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Disponível em: <https://www.usconstitution.net/xconst.html>. Acesso em: 13 ago. 2020.

GRAU, Eros Roberto. *Regiões Metropolitanas: Regime Jurídico*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

HELLER, Léo; MONTENEGRO, Marcos; SILVA, Edson Aparecido. A nova lei de saneamento: atiraram no público e acertaram o privado. *Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento (ONDAS)*. 2020. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/a-nova-lei-de-saneamento-atiraram-no-publico-e-acertaram-o-privado/>. Acesso em: 05 set. 2020.

JUSTIA. *Steward Mach. Co. v. Collector*, 301 U.S. 548 (1937). 2020. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/548/>. Acesso em: 10 set. 2020.

MARICATO, Ermínia. *Metrópoles desgovernadas*. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 25, n. 71, 2011, p. 7-22

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Objetivo 6: Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods6/>. Acesso em 12 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Guidelines on Sanitation and Health*. 2018. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274939/9789241514705-eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 07 set. 2020.

OYEZ. *Agency for International Development v. Alliance for Open Society International*. 2020. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/2012/12-10>. Acesso em: 10 ago. 2020.

PACÍFICO, Andrea P. Os Federalismos Brasileiro e Estadunidense na Constituição da Democracia. *Revista de Estudos Internacionais*, João Pessoa, v. 3, n. 1, 2012, p. 31-48.

PALU, Guilherme A. *Spending Power*. *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, [S.I.], 2019, p. 1-12.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (BRASIL); CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO CGU. *Portal da Transparência: Saneamento*. 2020. Disponível em: <http://portaltransparencia.gov.br/funcoes/17-saneamento?ano=2017>. Acesso em 12 set. 2020.

RYAN, Erin. *Negotiating Federalism*. *Boston College Law Review*, Boston, EUA, v. 52, n.1,

2011. p. 1-196.

UNIVERSITY OF MISSOURI-KANSAS CITY. The Federal Power to Spend. 2020. Disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/spendingpower.html>. Acesso em: 09 ago. 2020.

YEH, Brian T. The Federal Government's Authority to Impose Conditions on Grant Funds. 2017. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44797.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

ZIETLOW, Rebecca E. Federalism's Paradox: The *Spending Power* and Waiver of Sovereign Immunity. Wake Forest Law Review, [S.I.], v. 37, n.1, 2002, p. 141-216.