

SANEAMENTO BÁSICO E DIREITOS SOCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: MARCOS REGULATÓRIOS E RESERVA DO POSSÍVEL

BASIC SANITATION AND SOCIAL RIGHTS IN BRAZILIAN LAW: REGULATORY FRAMEWORKS AND POSSIBLE RESERVATION

Matheus Tonette da Silva¹

Eduardo Russo Ramos²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo elucidar a questão dos direitos sociais, relacionado à discussão sobre o saneamento básico, seus marcos regulatórios e o princípio da reserva do possível, bastante presente nas discussões em direito administrativo. Nas pegadas desse processo, elucida-se que os direitos sociais são considerados de segunda dimensão, isso porquanto não se trata apenas de mero absentismo estatal, mas de uma garantia à população de uma prestação positiva do Estado. A Constituição Federal de 1988 é programática, na medida em que impõe metas a serem atingidas pela República Federativa do Brasil na implementação de qualidade de vida para o povo deste território soberano. Procurar-se-á harmonizar a discussão em torno do direito social ao saneamento básico com a reserva do possível, em especial salientados limites oriundos muitas vezes da própria situação irregular das habitações. Mostrar-se-á que a aplicação dos direitos fundamentais não significa irrealismo e irresponsabilidade orçamentária, técnica e financeira. Para tanto, além do texto constitucional, estuda-se os marcos regulatórios do saneamento básico, especialmente, as Leis nº 11.445/2007 e nº 14.026/2020. Portanto, a partir de uma pesquisa bibliográfica com enfoque qualitativo e reflexão crítica, discutimos aspectos e limites do direito ao saneamento básico como direito fundamental e social no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Saneamento Básico; Direitos Sociais; Marcos Regulatórios; Reserva do possível.

ABSTRACT

The present work aims to elucidate the issue of social rights, related to the discussion about basic sanitation, its regulatory frameworks and the principle of reserve of the

¹ Acadêmico do curso de Direito da UCP – Faculdades do Centro do Paraná. E-mail: matheus.silva@ucpparana.edu.br.

² Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Campo Real e da UCP – Faculdades do Centro do Paraná. Mestre e Doutorando em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná. Membro do grupo de pesquisa “Cultura, Política e Movimentos Sociais na América Latina” e editor do periódico discente Revista Sociologias Plurais, ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPR. E-mail: prof_eduardoramos@camporeal.edu.br.

possible, very present in discussions in administrative law. In the footsteps of this process, it is clarified that social rights are considered to have a second dimension, because it is not just a matter of mere state absenteeism, but a guarantee to the population of a positive provision by the State. The Federal Constitution of 1988 is programmatic, as it imposes goals to be achieved by the Federative Republic of Brazil in the implementation of quality of life for the people of this sovereign territory. An attempt will be made to harmonize the discussion around the social right to basic sanitation with the reservation of what is possible, in particular limits arising often from the irregular situation of housing. It will be shown that the application of fundamental rights does not mean budgetary, technical and financial unrealism and irresponsibility. Therefore, in addition to the constitutional text, the regulatory frameworks for basic sanitation are studied, especially Laws No. 11,445/2007 and No. 14,026/2020. Therefore, based on a bibliographical research with a qualitative approach and critical reflection, we discuss aspects and limits of the right to basic sanitation as a fundamental and social right in the Brazilian legal system.

Keywords: Basic sanitation; Social rights; Regulatory frameworks; Reservation of the possible.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temática a questão do saneamento básico, realidade bastante prática no cotidiano populacional, sendo discutida à luz dos postulados teóricos dos direitos sociais e da reserva do possível. Cuida-se de um direito fundamental e essencial à vida – e vida de qualidade – todavia, as limitações reais se impõem e geram uma grande celeuma no campo jurídico.

Fundamentando em tal discussão, elucida-se enquanto problema de pesquisa a seguinte pergunta: quais os limites da implementação do direito social ao saneamento básico e sua relação com o postulado da reserva do possível? A partir disso, traça-se um diálogo entre diferentes obras doutrinárias para que se estabeleça um todo harmônico e dotado de complementariedade.

Constitui-se em objetivo geral deste estudo: analisar a questão do saneamento básico, com seus marcos regulatórios, à luz dos direitos sociais e do postulado limitador da reserva do possível. São objetivos específicos: compreender os direitos sociais e a topografia do saneamento básico nesse contexto; refletir sobre a reserva do possível, seu significado, origem e natureza jurídica; discutir os marcos regulatórios do saneamento básico e a atual conjuntura legislativa disciplinadora da temática.

Justifica-se esse esforço ante a relevância teórica do assunto, porquanto muito se tem produzido a respeito, todavia, cuida-se de tema que não se esgota. Sempre é possível revisitá-lo e se mostra a discussão em torno dele continuamente atual e pertinente. Também, a importância perpassa o âmbito prático-profissional, na medida em que operadores do direito sempre lidam com a busca por efetivar direitos sociais ou por justificar sua limitação à luz dos óbices reais e orçamentários. Nesse ponto, dominar a reserva do possível é indispensável.

Faz-se isso, conforme já se acenou anteriormente, mediante revisão bibliográfica, crítica e sistêmica da doutrina pertinente. Coloca-se diferentes autores e perspectivas em diálogo para se promover uma reflexão autêntica e que considere a complexidade do problema, sem se incorrer em reducionismos ou análises parciais. Como todo problema juridicamente complexo, faz-se necessário ponderar visões aparentemente antagônicas para que a reflexão seja sempre um esforço contínuo de compreender a totalidade dos problemas que a envolvem.

2 DIREITOS SOCIAIS E SANEAMENTO BÁSICO

Nas lições de José Afonso da Silva (2005, p. 183), os direitos fundamentais podem ser divididos em gerações. Nessa perspectiva, a doutrina atualmente dá preferência ao termo dimensão, pois geração dá ideia de que existem sucessões no tempo, quando na verdade essas facetas se complementam e se acumulam:

É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de “gerações”, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”.

A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos. De qualquer forma, em sua totalidade, esses direitos *“encarnam la dignidad del*

hombre". E, mais do que isso, há uma mútua implicação inegável entre os diversos direitos, especialmente entre direitos pertencentes a dimensões supostamente separadas (TAVARES, 2022, p. 156).

A primeira geração ou dimensão é a que traz o ideal de liberdade. Nela, preconiza-se um absenteísmo estatal que dá ao cidadão garantias de não sofrer interferência arbitrária por parte do ente soberano. A segunda dimensão está relacionada justamente ao que se estuda aqui, os direitos sociais e econômicos. Neles, tem-se uma prestação ativa do Estado para garantir ao seu povo condições de se ter o mínimo existencial, compreendido como os elementos mais imediatos a sua subsistência como alimentação, moradia, lazer e o próprio saneamento básico. Os direitos fundamentais de terceira dimensão são aqueles relacionados à coletividade e aos interesses difusos, como por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado. Os direitos fundamentais de quarta dimensão são relacionados à globalização, a ideais como democracia, informação, pluralismo. Nessa perspectiva, temos algo relacionado ao contexto da globalização política, o que foi potencializado pela fluência informacional dos novos meios de comunicação. Os direitos fundamentais de quinta dimensão se conectam à ideia de direito à paz, tido como bem supremo da humanidade (TAVARES, 2022, p. 156-158).

Ao lado disso, tem-se o tema da natureza dos direitos fundamentais, que passam por um *status* primeiramente negativo, de abstenção, similar aos direitos de primeira dimensão. Um *status* positivo, de prestação de políticas públicas, também lembrando os direitos sociais. Um *status* horizontal, que busca trazer eficácia para os direitos fundamentais entre particulares e, por fim, *status* diagonal, que busca, inclusive, equilibrar situações desiguais por uma relação isonômica, fortalecendo o mais fraco em uma relação privada, como os direitos trabalhistas (MARTINS, 2021, p. 672).

Aprofundando mais nesse aspecto positivo e dos direitos sociais, destaca-se o pensamento de Flávio Martins:

Direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, como a saúde, a educação, o trabalho, a assistência aos desamparados. Ao contrário dos direitos de primeira dimensão, aqui o Estado tem o dever principal de fazer, de agir, de implementar políticas públicas que tornem realidade os direitos constitucionalmente previstos [...] esses direitos surgiram na Constituição do México, de 1917, e na Constituição de Weimar, de 1919. O mais marcante dispositivo dessa constituição foi o artigo 163 que previa expressamente o direito ao trabalho (Ibidem, p. 667).

Desse modo, tem-se aqui um Estado que promove políticas públicas, que intervém no domínio econômico para minorar desigualdades e promover isonomia, aqui compreendida enquanto igualdade material e não formal. A igualdade meramente formal é tratar todos perante a lei da mesma forma, ao passo que a material consiste em tratar de modo desigual os desiguais na medida de suas desigualdades (MARTINS, 2021, p. 771).

Pode-se falar inclusive do surgimento de um constitucionalismo social, porquanto essa espécie de direitos fundamentais não só deu um novo enfoque à atuação estatal, mas trouxe um novo significado à própria ideia de Constituição (MARTINS, 2021, p. 98).

Inclusive, tem-se o princípio consagrado de que uma vez garantidos esses direitos sociais, o Estado precisa andar para frente, não podendo retroagir nas garantias que oferece aos seu povo.

Dirá o autor supramencionado em outra obra:

A proibição do retrocesso consiste na vedação aplicada ao legislador e ao administrador de reduzir o nível dos direitos econômicos, sociais e culturais de que goza a população. Em outras palavras, a proibição do retrocesso pode ser entendida como uma vedação às normas e medidas estatais que, por debilitar ou retraindo o nível de proteção outorgado, reinstauram obstáculos para a satisfação de suas necessidades básicas, ou, em termos mais amplos, fazem renascer obstáculos de caráter econômico e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade das pessoas, e impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos na organização política, econômica e social de um país (MARTINS, 2022, p. 105).

Portanto, trata-se de um avanço não só jurídico e político, mas também social e histórico a questão dos direitos sociais listados numa Constituição. Tudo isso corrobora a ideia que desde a modernidade vem sendo discutida, com advento do antropocentrismo, que é a dignidade humana (SOARES, 2009, p. 207) e (SARLET, 2006, p. 48). As pessoas, portanto, são portadoras de características que lhes conferem uma excelência por si só, motivo pelo qual precisam ser objeto de proteção e esta proteção deve partir do Estado.

Nesse sentido:

Em resumo, em tempos de escassez, as escolhas de implementação de políticas públicas são sempre “escolhas trágicas”. Todavia, por causa dessa escassez, devemos escolher priorizar os direitos sociais que, no futuro, nos

auxiliarão a concretizar outros direitos sociais. A educação, inegavelmente, tem esse papel. Como afirmamos anteriormente, considerando-se a educação básica de qualidade como um mínimo dos mínimos essenciais, será possível concretizar a progressividade da implantação dos direitos sociais, na medida em que a sociedade estará cada vez mais instrumentalizada para exigir e até mesmo implementar diretamente muitos dos direitos constitucionalmente previstos (MARTINS, 2022, p. 132).

Logo, por mais que se tenha de garantir na dimensão fática o que se consagra juridicamente, isso se mostra delicado na medida em que se esbarram em muitas dificuldades orçamentárias, financeiras e estruturais. As dificuldades são diversas nesse cenário, conforme se vê.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 é programática, também conhecido pelo sinônimo dirigente, porquanto estabelece metas a serem perquiridas e alcançadas pelo Estado na implementação e efetivação de direitos. É impossível, do ponto de vista prático, que tais garantias sejam conferidas de modo pleno de um dia para o outro. Por isso, o texto constitucional precisa ser gradativamente aplicado e as políticas públicas difundidas paulatinamente (SILVA, 2005, p. 42).

Sobre isso, registre-se que:

Constituição-dirigente é a constituição que se preocupa em estabelecer metas e objetivos sociais. Geralmente são analíticas e recheadas de normas programáticas. É uma marca registrada do Estado Social (*Welfare State*). Ela é dirigente porque dirige a atuação dos órgãos para o atingimento dos fins sociais. A Constituição brasileira é classificada como dirigente (SENA, 2021, p. 18).

Com efeito, esse estado de bem-estar social se relaciona diretamente ao fato de que o Estado tem a incumbência de fornecer não só o direito à vida para o seu povo, mas o direito à qualidade de vida:

A vida de qualidade envolve a oferta de serviços públicos de lazer, o acesso aos espaços e equipamentos adequados, à qualidade e à organização da infraestrutura do lazer, à segurança pública, à animação cultural e aos programas diversificados com atendimento para todos. Podemos entender, então, que o exercício de cidadania promovido pelos benefícios dos lazeres oferecidos de forma pública geraria uma vida de qualidade à população e isso reforçaria o potencial de criatividade e o sentimento de pertencimento local (SILVA, 2020, p. 11).

Todo direito social precisa estar acompanhado de uma agenda concreta de efetivação e é necessário que haja objetivos fixados para que o Estado ininterruptamente busque fazer com que eles sejam aplicados.

Dentre esses direitos, tem-se o saneamento básico, que é essencial para que as pessoas tenham vida e vida de qualidade. Infelizmente, no Brasil, ainda existe lugares remotos em que não se tem esse direito efetivado no plano fático, mesmo que isso seja uma preocupação humana que perpassa os séculos:

Assim, o saneamento, no seu aspecto físico, constitui uma luta do homem em relação ao ambiente, que existe desde o início da humanidade, ora desenvolvendo-se conforme a evolução das diversas civilizações, ora retrocedendo com a queda delas e renascendo com o aparecimento de outras. De grande significado histórico são a visão e o reconhecimento da importância do saneamento e sua associação com a saúde dos antigos povos, como medidas destinadas ao escoamento da água, os grandes aquedutos, o cuidado com o destino dos dejetos e outros procedimentos de natureza sanitária (ROCHA, 2018, p. 11).

Portanto, antes mesmo de se falar em direitos sociais na acepção jurídica a qual já se mencionou, já havia uma preocupação humana de se garantir condições de abastecimento e escoamento da água. Esta, compreendida como um bem indispensável para a vida.

O ideal é que todas as pessoas tenham acesso a isso e o Estado deve buscar energicamente garantir essa realidade. Ocorre que não raramente se tem muitos limites e alguns deles são intransponíveis. Por isso, convém trazer uma contextualização e aprofundamento do princípio da reserva do possível.

3 RESERVA DO POSSÍVEL

Antes de se referir à reserva do possível em sua contextualização histórica, é necessário refletir seu significado no direito brasileiro. Consoante recorda Souza (2012, p. 532), no Brasil, essa premissa jurídica sempre esteve ligada às limitações econômicas para efetivação de direitos. Isso significa que ela é invocada na medida em que se tem uma Constituição generosa em direitos, mas limitações reais em termos de falta de recursos que obstem o fornecimento desses enunciados jurídicos. Dessa maneira, a ligação entre reserva do possível e direitos sociais é bastante

estreita, porquanto são eles que precisam ser implementados de modo programático e encontram as dificuldades financeiras e orçamentárias nesse processo.

Sobre a reserva do possível, tem-se que se trata de uma contribuição do direito alemão. Está diretamente associada a uma indeterminabilidade dos direitos sociais, visto que se atribuisse um conteúdo preciso e metas bem delineadas a tais garantias, seria forçar o direito a um simbolismo infértil. Este, que, por seu turno, só consagraria realidades de modo teórico e sem efetividade concreta (MARTINS, 2022, p. 54).

Sobre esse aspecto, é importante mencionar:

A dificuldade da teoria diz respeito à possibilidade de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano (DI PIETRO, 2021, p. 853).

Ora, as normas definidoras dos direitos sociais podem ser lidas como princípios do ponto de vista constitucional. Sua concretização em normas específicas se dá pelo legislador ordinário, na medida em que se mostra possível em termos materiais, orçamentários e estruturais (MARTINS, 2022, p. 54).

Ainda, é oportuno destacar:

Incide aqui o que a moderna doutrina denomina de reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados ao momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível. Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a reserva do possível (CARVALHO FILHO, 2022, p. 84).

Com efeito, a origem histórica da reserva do possível está numa polêmica que envolve o Tribunal Constitucional Alemão e as universidades. A educação, sendo um direito social, é uma prestação positiva que o Estado deve prestar aos cidadãos. Todavia, como há limitação de recursos, naquele país optou-se por limitar o acesso. Determinada pessoa que reprovou pleiteou na justiça o direito de nova oportunidade. Como há limites sensíveis os recursos e na manutenção do ensino, é necessário

limitar o acesso à universidade e por isso se consolidou como fundamentação idônea para o indeferimento o princípio da reserva do possível (MARTINS, 2022, p. 55).

Muitos aludem a esse instituto jurídico como princípio, tal aqui se discorreu, mas há quem fale também que se trata de realidade de natureza diversa, mais aproximado de um postulado ou condição de realidade que limita a eficácia dos direitos fundamentais (MARTINS, 2022, p. 56).

Sobre regras e princípios é importante dizer:

Um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder (LENZA, 2022, p. 151).

Dessarte, o princípio pode ser tido como um mandado de otimização de elevado grau de abstração (LENZA, 2022, p. 151). O que faz com que se constate que a reserva do princípio parece ser realidade diferente. Já que não se trata de algo a ser otimizado, mas justamente corresponde a um limite real e concreto, o oposto de abstrato. Ele limita a otimização de outros princípios. Desse modo, é necessário trazê-lo à discussão enquanto realmente um postulado limitador.

Nessa seara, menciona-se também:

Diante dessa divergência terminológica, parte da doutrina considera a “reserva do possível” uma condição da realidade que interfere na aplicação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen afirma que “a reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito”. Nesse ponto, concordamos com a autora. A “reserva do possível” não é um princípio constitucional implícito, já que não se trata de um mandamento de otimização. Da mesma forma, não parece ser um postulado, já que será sujeita a ponderação, à luz dos valores em conflito. Assim, entendemos que a “reserva do possível” é uma situação fática que limita a aplicação e a eficácia dos direitos sociais (MARTINS, 2022, p. 56).

A reserva do possível, portanto, é algo a ser evitado. Em hipótese alguma pode ser vista como um “coringa”, aplicável sempre que o Estado é deficitário, servindo como uma forma de se deixar as leis e direitos sempre no plano simbólico. Os limites são inevitáveis, mas não podem ser onipresentes. Vastas também são as possibilidades e elas precisam ser exploradas pelo poder público para que seja garantido às pessoas o mínimo existencial.

Outro ponto a ser pensado é se a reserva do possível deve ser um postulado a ser aplicado pelo legislativo na hora da criação das normas ou pelo judiciário ao aplicá-las. A solução mais adequada é que essa razoabilidade de se verificar os limites e possibilidades parta do legislador, já que a lei revela um compromisso com a população. Noutro plano, o judiciário deve também se atentar a isso, quando a realidade não acompanha dimensão normativa. Mas essa aplicação posterior do Estado-juiz deve ser subsidiária a um juízo que deve sempre conduzir a atuação do Estado-legislador (SOUZA, 2012, p. 538).

Por outro lado, não se pode ter um judiciário “heroico”, que de modo inconsequente defere pedidos para conceder direitos sociais que são impossíveis de ser aplicados. Porquanto, dessa forma, os jurisdicionados têm apenas uma bela decisão que é infértil, incapaz de ser executada ou aplicada (RAMOS, 2015, p. 183). A complexidade dessa discussão perpassa a necessidade da análise casuística e concreta de cada situação e as generalizações se mostram perigosas. O saneamento básico, sem dúvida, é uma das temáticas recorrentes que tocam esse dilema e que também precisa de uma ponderação concreta. Para tanto, é preciso considerar a evolução legislativa ocorrida nessa matéria, inclusive com seus marcos regulatórios.

4 MARCOS REGULATÓRIOS DO SANEAMENTO BÁSICO E A EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO SOCIAL

O saneamento básico no Brasil sempre foi alvo de discussões para além do cenário jurídico. Ao se resvalar nos limites impostos pelo postulado da reserva do possível, muitos autores colocam que a evolução do saneamento básico brasileiro ainda está aquém do que da maioria dos países (GOMES, 2021, p. 197). Todavia, muito se mobilizou a discussão em torno da temática ante o novo marco regulatório:

O novo marco regulatório do saneamento básico, introduzido por meio da Lei nº 14.026/2020, traz algumas relevantes inovações: prevê a obrigatoriedade de os contratos preverem metas de desempenho e de universalização dos serviços; adota como princípio a regionalização dos serviços de saneamento; promove mudanças substanciais na sua regulação; e estimula a concorrência e a privatização das empresas estatais de saneamento, entre outras (D'OLIVEIRA, 2020. n.p.).

Desse modo, vê-se que de certa maneira a compreensão do saneamento básico, assim como outros serviços públicos, vem sendo tomada por uma perspectiva que traz elementos ideológicos neoliberais, que reforçam a privatização e buscam descentralizar da figura estatal a prestação de algumas realidades.

Há quem estabeleça algumas razões para que se busque esse esforço por amenizar o Estado e aumentar a participação do setor privado:

Prioridade para produção de água, em detrimento da otimização da distribuição, o que se explica pela perspectiva histórica de executar obras, como meio de prestar serviços satisfatórios, dando preferência à ampliação da produção ao invés da redução de perdas e racionalização do consumo; atuação deficiente na área comercial, principalmente por falta de cadastro adequado de usuários e instalações, de medição de consumo, de políticas e estruturas tarifárias adequadas e de regras eficazes de corte por falta de pagamento, gerando perdas de faturamento e arrecadação; atendimento deficiente aos usuários, com demora ou falta de resposta às solicitações de serviços, e dificuldades na comunicação, especialmente com relação ao esclarecimento sobre a política tarifária (PINHEIRO; FUKASAKU, 2000, p. 289-290).

Ora, uma das mudanças significativas oriundas da Lei 14.026 de 2020 foi conferir uma nova função à Agência Nacional das Águas (ANA). Além de cuidar dos recursos hídricos, a entidade passa a regular o saneamento básico de modo geral. Dessa maneira, ao mesmo tempo que se tem abertura política para privatizar o setor, tem-se uma rigidez regulatória para fazer com que isso não signifique insegurança jurídica. Outro aspecto bastante pertinente foi a regionalização do serviço, já que desconcentrando a responsabilidade (não só entre setores público e privado, mas também entre os entes federados internamente) mostra maior organização.

Nessa perspectiva, convém ressaltar:

O Novo Marco estabelece a possibilidade da criação de blocos de referência para a prestação regionalizada dos serviços, assim como a obrigatoriedade da conexão pelos usuários à rede pública disponibilizada, e os critérios relacionados ao pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes dos serviços prestados e da manutenção da infraestrutura. Também menciona que a agência reguladora deverá instituir regras para que

empreendedores imobiliários façam investimentos em redes de água e esgoto, considerando as condições em que haverá ressarcimento futuro por parte da concessionária, bem como os casos de interesse restrito do empreendedor imobiliário, situação para a qual não haverá ressarcimento. Dentre tantos aspectos importantes, aborda também a questão primordial que é o atendimento com saneamento às áreas carentes e a gratuidade dos serviços (PAGANINI; BOCCHIGLIERI, 2021, p. 47-48).

Assim, essa regionalização se coaduna com a busca por universalização, buscando dirimir a crise de locais no Brasil que ainda estão privados de saneamento básico por falta de recursos. Entretanto, há outros problemas que precisam ser considerados. Muitos locais são de difícil acesso e não raramente construções irregulares tornam impossível a efetivação do saneamento básico. Nessa perspectiva, por força da reserva do possível, o poder público e as empresas que cooperam com ele não podem ser responsabilizados por um óbice causado pelo próprio usuário. Tem-se aí uma clara aplicabilidade do postulado que se estudou acima. Não se trata de limitar juridicamente os direitos sociais, mas de reconhecer um limite fático e muitas vezes intransponível à concretização desse direito.

Ainda, vale a pena mencionar os dizeres de Ferreira *et al.* (2021, p. 65463):

A maior contribuição que o novo marco legal do saneamento tem o dever de trazer para a população brasileira é a universalização dos serviços. Isto se traduz em distribuir água em quantidade e qualidade para todos e coletar e tratar o esgoto, contribuindo para uma melhor qualidade de vida, a um preço justo. Fato que ainda aguardamos para ver e, para que isso seja de fato concretizado, as áreas mais vulneráveis precisam receber assistência e investimento no setor, o que não aconteceu no caso da joia da coroa do Ministro da Economia Paulo Guedes.

Logo, tem-se o outro lado dessa tendência ideológica que ora predomina que é justamente o foco centrado no lucro, faz com que a preocupação social fique em segundo plano. Levanta-se o questionamento sobre se adianta ter mais recursos e estruturas advindas da iniciativa privada se por outro lado inexistir esforços em direcionar esse aparato material para sua finalidade essencial.

É nessa direção também que se registram os dizeres de Sousa (2020, p. 3):

A resposta trazida pelo governo para “modernizar” o setor não é inédita no país. Há dois anos, esse mesmo projeto foi submetido duas vezes pelo Executivo sob a forma de medida provisória. Uma razão para isso é a falência da agenda neoliberal para a água no resto do mundo, que vem expulsando os grupos financeiros do saneamento desses mercados. Segundo um ministro do governo federal, “a nova lei vai padronizar regras e dar a segurança jurídica que investidores do mundo todo aguardavam”.

Parlamentares que negociaram a sua aprovação têm ligações inequívocas com as empresas transnacionais empenhadas na aquisição e exploração de reservas de água doce do mundo, e o Brasil é a maior mina de ouro azul do planeta. Infelizmente, o acesso ao saneamento ainda não é percebido como direito humano, apesar de seu reconhecimento pela Organização das Nações Unidas desde 2010. Se houvesse vontade política, a gestão pública poderia ser aprimorada com coordenação federativa, planejamento e transferência regular de recursos vinculados para o setor, a exemplo de outros setores. Mas esses são pontos que os propositores da Lei ignoraram para abrir espaço aos que lucram com essa lacuna.

Destarte, tem-se aí bem caracterizados os dois lados dessa discussão e muito pouco se tem de certezas quanto aos desdobramentos desse marco regulatório que está em fase embrionária de aplicação. Parece que a tentativa de desburocratização e tornar o serviço mais realizável a partir dos investimentos do setor privado é válida, mas há de se ficar atento para os riscos que isso traz, sobretudo o risco de se esquecer que saneamento básico é um direito fundamental e reduzir essa questão a um problema meramente de mercado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se observou com a presente formulação teórica, os direitos sociais podem ser compreendidos à luz do Estado liberal-social, porquanto são direitos de segunda dimensão. O que lhes garantem o *status* positivo de significar a postura intervencionista do Estado na tentativa de garantir a materialização do direito fundamental à igualdade em relação ao povo que habita em determinado território soberano. O caráter isonômico é bem distinto da igualdade formal, típica das origens do liberalismo. Esta é expressão do trato igual perante a lei, sem discriminações ou diferenciações. A isonomia, ao contrário, é conjugação da igualdade com a equidade, tratando-se de forma igual os iguais e de maneira desigual os desiguais na medida de suas desigualdades. Os direitos sociais, portanto, são indispensáveis para a consolidação do mínimo existencial e da vida de qualidade à população. Elucidou-se que o saneamento básico é um direito social que visa garantir que as pessoas tenham dignidade e possuam condições mínimas para viver com saúde e higiene.

Todavia, constatou-se que na hora de se efetivar esses direitos, esbarra-se, inevitavelmente, em limites reais. Estes são de origem orçamentária, financeira e material. Para que se possa pensar os direitos para além de abstrações simbólicas e impossíveis, tem-se o postulado jurídico da reserva do possível. Ele não se trata de

um princípio, já que é algo que não é abstrato e tampouco um mandamento de otimização. Na verdade, é um postulado que limita a aplicação de princípios e normas garantidoras em face de um óbice real e concreto. Trata-se de algo a ser evitado, mas cuja aplicação se mostra com frequência um mal necessário, para justamente não converter o texto constitucional em mero papel, sem que haja correspondência fática.

Destacou-se nesta produção que uma tendência ideológica que tem tomado conta das opções jurídicas e políticas tem sido a privatização do setor e diminuição do monopólio estatal. Com isso, retira-se a temática do âmbito estatal e se recoloca a discussão como um problema de mercado. Isso pode trazer algumas vantagens, tendo em vista que se pode concretizar de modo mais prático estes direitos a partir de investimentos do setor privado, que pode apresentar mais flexibilidade e recursos em determinados casos. Assim, supera-se em boa parte os óbices materiais e a cobrança em torno do Estado para que faça, sozinho, esforços que beiram o impossível, sob fundamento da efetividade de direitos sociais. Os direitos são garantidos no plano jurídico, mas precisam atender pressupostos fáticos, o que nem sempre é possível. Viu-se à luz do neoliberalismo que domina hoje o cenário brasileiro que a iniciativa privada busca ampliar possibilidades conferindo mais estrutura e operacionalização. Contudo, incumbe ao poder público também manter uma intervenção que impeça abusos e possa regular que a privatização não deve significar desrespeito à dignidade humana e submissão a condições desumanas por pretextos econômicos.

Portanto, elucidou-se, à luz das inovações legislativas, que nem sempre a efetivação do direito ao saneamento básico é possível. Muitas vezes a própria atitude da população, ao construir moradias em locais remotos e de impossível acesso (além de fazê-lo de modo irregular), faz com que o Estado não possa garantir esse mínimo existencial. Isso não significa, contudo, indiferença, já que é necessária a intervenção para transformar a condição dessas pessoas. O que não se pode exigir, em hipótese alguma, é que o ente estatal seja obrigado de modo absoluto e incondicional a garantir direitos impossíveis. Remanesce a verdadeira premissa de que a força normativa da Constituição e da Lei não reside no seu aspecto formal, mas somente na sua capacidade de produzir efeitos sociais, incidindo diretamente sobre a desafiadora realidade dos fatos.



FACULDADES
DO CENTRO DO
PARANÁ

*Ensino
por Ideal*

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Forense, 2021.

D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. Reflexões sobre o novo marco regulatório do saneamento básico. **EPBR**. Publicado em 12/11/2020. Disponível em: <<https://epbr.com.br/reflexoes-sobre-o-novo-marco-regulatorio-do-saneamento-basico-por-rafael-daudt-doliveira/>>. Acesso em 23 mai. 2022.

FERREIRA, José Gomes; BARBOSA GOMES, Matheus Fortunato; ARAÚJO DANTAS, Maria Wagna de. Desafios e controvérsias do novo marco legal do saneamento básico no Brasil. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 7, p. 65449-65468, jul., 2020.

GOMES, Fábio Luiz. **Saneamento básico: aspectos jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva, 2022.

PAGANINI, W. da S.; BOCCHIGLIERI, M. M. O Novo Marco Legal do Saneamento: universalização e saúde pública. **Revista USP, [S. l.]**, v. 1, n. 128, p. 45-60, 2021. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.i128p45-60. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/185407>. Acesso em: 23 maio. 2022.

PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro. **A privatização no Brasil**. Brasília: BNDES, 2000.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Aristides Almeida. **Histórias do saneamento**. São Paulo: Blucher, 2018.

SARLET, Ingo W. **Dignidade humana e direitos fundamentais na Constituição**.

SENA, Daniel. **Direito constitucional**. São Paulo: Rideel, 2021.

SILVA, Junior Vagner Pereira da. **Lazer, vida de qualidade e direitos sociais**. Curitiba: InterSaberes, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUSA, Ana Cristina Augusto de. O que esperar do novo marco do saneamento. **Caderno de Saúde Pública**, v. 36, n. 12, p. 2-4, 2020.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de Souza. A reserva do possível, o mínimo existencial e o poder judiciário. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**, v. 4, n. 7, p. 528-546, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.