



ORIGINAL

Editores

Lucas Catib De Laurentiis e Fernanda Carolina de Araújo Ifanger

Conflito de interesses

O autor declara não haver conflito de interesses

Recebido

8 maio 2024

Versão final

2 ago. 2024

Aprovado

8 ago. 2024

REVISTA DE DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO SOCIAL

O custo do direito ao acesso à água: análise da universalização do acesso à água pela Lei nº 14.026/20, de acordo com Holmes e Sunstein

The cost of the right to access to water: analysis of the universalization of access to water by Law N° 14.026/20, according to Holmes and Sunstein

Pablo Alencar Cabral Bernardo¹ 

¹ Centro Universitário de João Pessoa, Pró-Reitoria Acadêmica, Programa de Pós-Graduação em Direito. João Pessoa, PB, Brasil. E-mail: <pabloalencarcbr@gmail.com>.

Como citar este artigo: Bernardo, P. A. C. O custo do direito ao acesso à água: análise da universalização do acesso à água pela Lei 14.026/20, de acordo com Holmes e Sunstein. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 5, e2412687, 2024. <https://doi.org/10.24220/2675-9160v5a2024e12687>

Resumo

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, em 1999, escreveram a primeira edição do livro intitulado *O Custo dos Direitos – Por que a liberdade depende dos impostos*. Nesta obra, os autores defendem 3 questões: os direitos têm um custo orçamentário; os direitos só são garantidos e efetivados havendo um Estado suficientemente forte para tanto e a existência de um direito corresponde também à existência de um dever. Com este cenário, o presente estudo objetiva principalmente investigar o direito à água no Brasil sob as diretrizes da Lei nº 14.026/2020 e, por essa razão, tem como questão problema: as disposições da Lei nº 14.026/20 garantem a efetivação do direito à água no país sob a ótica dos ensinamentos de Holmes e Sunstein, sobre o custo dos direitos? Através de uma pesquisa bibliográfica, documental e qualitativa, pretende-se alcançar respostas efetivas sobre a efetivação do direito à água à luz da Lei nº 14.026/2020, concluindo, por fim, que a universalização e a conseqüente efetivação do direito à água no Brasil, nos termos da Lei nº 14.026/2020, deverá ocorrer com mais probabilidade se forem observadas e seguidas as 3 principais lições dos autores.

Palavras-chave: Custo. Direito à água. Direitos. Estado. Universalização.

Abstract

Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, in 1999, wrote the first edition of the book entitled The Cost of Rights – Why Freedom Depends on Taxes. In this work, the authors defend 3 questions: rights have a budgetary cost; Rights are only guaranteed and enforced if there is a State strong enough to do so and the existence of a right also corresponds to the existence of a duty. With this scenario, the present study aims mainly to investigate the right to water in Brazil under the guidelines of Law No. 14,026/2020 and, for this reason, its question is: the provisions of Law No. 14,026/2020 guarantee the realization of the right to water in the country from the perspective of the



teachings of Holmes and Sunstein, about the cost of rights? Through bibliographical, documentary and qualitative research, the aim is to achieve effective answers on the implementation of the right to water in light of Law No. 14,026/2020, concluding, finally, that the universalization and consequent implementation of the right to water in Brazil, under the terms of Law No. 14,026/2020, should occur more likely if the authors' 3 main lessons are observed and followed.

Keywords: Cost. Right to water. Rights. State. Universalization.

Introdução

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, em 1999, escreveram a primeira edição do livro intitulado *O Custo dos Direitos – Por que a liberdade depende dos impostos* (Holmes; Sunstein, 1999)², tendo como cenário de estudo o custo orçamentário que os Estados Unidos tinham na proteção, garantia e efetivação dos direitos dos norte-americanos. Através de dados financeiros, os autores comprovaram o dispêndio monetário realizado pelo governo americano com os direitos dos seus cidadãos e teorizam a respeito da necessidade de compreensão de 3 questões: a primeira, e mais óbvia, é a aceitação de que qualquer direito, mesmo aqueles tidos como naturais, como à vida por exemplo, custam dinheiro.

Em segundo lugar, Holmes e Sunstein (2019) explicam que, justamente por custar dinheiro, os direitos só são garantidos e efetivados havendo um Estado suficientemente forte para tanto, já que este, tal qual estabelecido pela própria sociedade, é o responsável pela manutenção da sociedade minimamente civilizada. Por fim, os autores defendem que a existência de um direito, qualquer que seja, corresponde também à existência de um dever, ainda que este não deva ser direcionado ao detentor do direito contrabalanceado.

Nesta esteira, encontrar-se-ia o direito à água, mais detidamente o direito ao acesso à água, podendo ser entendido tanto como direito fundamental em algum ordenamento jurídico pátrio ou à luz do Direito Internacional, como um direito humano. Independente da categoria em que o direito à água estiver enquadrado, não há dúvidas que o indivíduo tem direito a acessar, no sentido de consumir, água potável para sua sobrevivência e desenvolvimento.

No Brasil, em 2020, houve a promulgação e início da vigência da Lei nº 14.026, que alterou as disposições da Lei nº 11.445/2007, responsável pela regulamentação do setor de saneamento básico no país, onde insere-se a água. A nova lei, chamada de Novo Marco Legal do Saneamento, entre outras coisas, impôs metas aos prestadores do serviço no que diz respeito à universalização do acesso à água e ao esgotamento sanitário.

A legislação deu enfoque à modalidade de prestação do serviço de maneira regionalizada, que, de forma resumida, pode ser entendida como uma espécie de consórcio entre os titulares (Municípios) e o prestador do serviço que, tanto pode ser público como privado. E é neste cenário que muito se debate sobre quem deve prestar o serviço: o setor público ou as organizações privadas.

O discurso gira em torno exatamente do custo que a operação do saneamento básico teria em unidades regionalizadas. Uma vez que este custo é necessariamente repassado ao consumidor final, o cliente, muitas cidades brasileiras não seriam financeiramente rentáveis para o operador do serviço, por conta de suas características, especialmente as condições de renda da população local.

Assim, a efetivação do direito à água no Brasil está diretamente ligada a quem e como se presta esse serviço público no país. Desta forma, este artigo tem como questão problema: as

² Traduzido para o português vinte anos depois (Holmes; Sunstein, 2019).

disposições da Lei nº 14.026/20 garantem a efetivação do direito à água no país sob a ótica dos ensinamentos de Holmes e Sunstein (2019), sobre o custo dos direitos?

Para investigar a resposta a esta pergunta problema, este artigo, utilizando como referencial teórico o livro de Holmes e Sunstein (2019), a Lei nº 14.026/2020 (Brasil, 2020) e estudos científicos que possuem dados estatísticos e financeiros sobre o setor de saneamento básico no Brasil, através de uma pesquisa bibliográfica e documental, aprofundou os ensinamentos dos autores sobre o custo dos direitos, apresentando algumas outras contribuições teóricas à visão de Holmes e Sunstein (2019) para, a partir desta compreensão, apresentar as disposições contidas no Novo Marco Legal do Saneamento e os dados sobre a universalização do saneamento. Com isto, através do método dedutivo, concluir acerca do custo do direito ao acesso à água.

Já na seção seguinte, apresentaremos detalhadamente os ensinamentos dos autores escolhidos como marco teórico deste estudo para, na seção 3, expormos as principais disposições da Lei nº 14.026/20. Na seção 4, abordaremos as disposições do Novo Marco e os dados do segmento no país e os correlacionaremos com os ensinamentos dos autores e, na seção 5, concluímos nossa análise.

A obra de Holmes e Sunstein

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein são estudiosos da área do Direito sendo, ambos, professores de renomadas Faculdades de Direito do mundo, como Harvard e Chicago. A obra destes autores, *O Custo dos Direitos – Por que a liberdade depende dos impostos* tem como ideia central a defesa da tributação aos Estados como forma de proteção, garantia e efetivação de qualquer direito, inclusive o direito à água.

Como mencionado, a defesa de Holmes e Sunstein (2019) não é baseada apenas em seus estudos e pensamentos, mas, principalmente, em dados reais, especialmente financeiros ou “orçamentários”, termo que os próprios autores estabelecem para se referir aos valores gastos pelo governo dos Estados Unidos, a partir de 1992, em situações em que direitos foram protegidos, garantidos ou efetivados.

Para demonstrar que os direitos têm um custo, os escritores iniciam sua obra demonstrando aos leitores a importância da existência de um “Estado grande” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 27), trazendo como exemplos o New Deal e o Great Society, programas do governo norte-americano onde houve a necessária e exitosa intervenção do Estado e que, só através dela, direitos foram protegidos e garantidos.

Já no primeiro capítulo, os escritores questionam: “Os indivíduos devem somente ser protegidos contra o Estado ou também devem ser protegidos pelo Estado?”. Na página seguinte, respondem: “Um Estado débil, no entanto, é incapaz de proteger as liberdades pessoais, mesmo aquelas que parecem completamente ‘negativas’” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 30-31).

A defesa dos autores quanto ao estabelecimento do Estado como garantidor dos direitos é, para além das suas convicções, exposta no direito constitucional. Para eles, é a Constituição que determina a atuação do Estado, até mesmo para aqueles direitos tido como negativos, ou seja, direitos que, supostamente, não exigem uma intervenção estatal. Na ótica deles, até mesmo estes direitos só existem porque o Estado os faz existir.

Os estudiosos esclarecem que “no direito privado, o detentor dos direitos não precisa que o Estado se abstenha, mas, pelo contrário, que aja” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 38). Neste ponto, há uma clara intenção dos escritores de se contraporem aos liberais e defensores do Estado mínimo.

Para Holmes e Sunstein (2019), até mesmo estes indivíduos, inclusive para que consigam transmitir seus ideais, carecem do Estado que, neste caso, garantiria a liberdade de expressão.

Tal afirmação fica clarificada em duas explicações dos autores. A primeira quando defendem que “portanto, a proteção ‘contra’ o governo é impensável sem a proteção oferecida ‘pelo’ governo”, e a segunda quando afirmam que “os direitos individuais são, sempre e em todos os casos, expressões do poder e da autoridade do Estado” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 42). Além do mais, o Estado, forte e grande, estaria acima das relações pessoais que, se dependessem totalmente do sistema liberal, seria dependente de um elevado nível de confiança entre as pessoas.

Embora Holmes e Sunstein (2019) não defendam um Estado autoritário e livre da economia liberal, os estudiosos reforçam que até os mercados, para seu bom funcionamento, dependem do Estado, seus legisladores e juízes. Mais ainda! Para os escritores, o Estado, atuando, é quem, para além de garantir os direitos dos indivíduos, garante a existência e a sobrevivência do mercado.

Neste sentido, Cordeiro, Pereira e Figueiredo (2022) lembram que a década de 1970 foi marcada pela discussão a respeito dos limites ou atribuições do Estado no papel de garantidor de direitos. O debate acabava por rodear justamente o custo dos direitos e a responsabilidade do Estado na efetivação dos direitos tidos como exclusivamente positivos. Para estes autores, em consonância com Holmes e Sunstein (2019) é impensável viver numa sociedade sem que o Estado tenha meios suficientes para, ao mesmo tempo, garantir direitos e socorrer o cidadão prejudicado na ausência deles.

Interessante explicação dão os autores que escrevem que não há que se escolher entre o Estado e o mercado, mas “que tipos de mercados e tipos de Estado” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 53), lembrando que o próprio Hayek, escritor liberal, não discute se o Estado precisa ou não intervir uma vez que esta seria uma discussão “completamente falsa”.

Para continuar sua obra e apresentar a teoria sobre o custo dos direitos, a explicação dos autores nos capítulos iniciais dão conta deste Estado garantidor dos direitos já que “os indivíduos só gozam de direitos no sentido jurídico, e não apenas no sentido moral, quando as injustiças de que são objeto são reparadas pelo Estado” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 30).

Feitas tais ponderações, Holmes e Sunstein (2019) escrevem mais de 100 páginas para explicar e exemplificar o custo dos direitos defendendo, para além da existência do Estado, mas de maneira estritamente correlata, a tributação como sendo o mecanismo eficaz que vai arrecadar o dinheiro que, por sua vez, será utilizada na garantia e efetivação de todos os indivíduos.

É válido, desde já, ressaltar que os autores não se atêm aos direitos de uma parcela dos indivíduos, mas de todos. O capítulo 4 do livro começa demonstrando o custo dos direitos dos detentos no sistema prisional norte-americano que, em 1992, foi de US\$ 94 bilhões, quantia que os escritores chamam de “muito dinheiro”. Na mesma linha, o poder judiciário federal dos Estados Unidos gastou US\$ 81 milhões em 1996, para convocação de testemunhas, o que, para os autores, demonstra a garantia do direito à defesa e devido processo legal.

Toda a obra de Holmes e Sunstein (2019) é escrita desta forma: mencionando um direito e apresentando seu custo orçamentário e, desta forma, os autores conseguem demonstrar que os direitos têm um custo orçamentário. Por exemplo, para se garantir e efetivar o direito ao voto, os Estados Unidos gastaram, em 1996, entre 300 e 400 milhões de dólares, sem somar os custos das campanhas eleitorais.

Outro exemplo dado pelos autores é de que em 1996 foi gasto US\$ 700 bilhões com previdência social, para que se garantisse o direito à saúde e à assistência social. Da mesma forma,

para se ter direito a um meio ambiente preservado, estimava-se que, na década de 1990, os Estados Unidos gastassem, numa média anual, US\$ 150 bilhões em ações de preservação e proteção do meio ambiente, tal qual US\$ 41 milhões em 1996 em matérias de direito do consumidor e US\$ 170 milhões na defesa dos direitos dos trabalhadores, de acordo com dados oficiais.

Com isso, Holmes e Sunstein apresentam sua defesa de que qualquer que seja o direito, só é garantido, protegido ou efetivado, se houver dinheiro nos cofres do Estado para tal. Uma vez que a principal forma de arrecadação do Estado são os impostos, eis a tese principal do livro: “O financiamento de direitos básicos por meio da renda tributária nos ajuda a ver claramente que os direitos são bens públicos [...]” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 35).

Outra afirmação dos autores que comprovam que os direitos só podem ser exercidos através dos recursos públicos, existentes através do pagamento dos impostos, é de que “para se levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 75). A partir disso, os autores confirmam a tese de que os direitos têm um custo ao reforçar que, sem dinheiro, nem mesmo uma pretensão judicializada para exercício de algum direito se efetivará, pois “os limites financeiros em si e por si excluem a possibilidade de que todos os direitos básicos sejam garantidos com o mesmo vigor ao mesmo tempo” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 81).

Nabais (2002) reforça os apontamentos de Holmes e Sunstein (2019) dizer que esse Estado arrecadador de impostos se chama de Estado Fiscal e que os impostos são o preço que os cidadãos têm de pagar para viver em uma “comunidade organizada em estado”. Desta forma, os custos dos direitos derivam necessariamente de uma responsabilização acessória entre todos os membros da sociedade para que, assim, todos sejam cidadãos.

Com esta linha de raciocínio onde dedicam, inclusive, um capítulo intitulado “Garantir Direitos é Distribuir Recursos”, que Holmes e Sunstein (2019) a necessidade, portanto, de um Estado forte, com dinheiro, e que isso só ocorrerá mediante o pagamento dos impostos. Com essas duas questões, os estudiosos concluem explicando que a existência de um direito leva, obrigatoriamente, a existência de um dever, ainda que não seja o mesmo indivíduo titular das duas coisas.

Para eles, o direito de acessar a água, por exemplo, implicará em uma obrigação para que alguém forneça a água nas condições mínimas necessárias para que o direito seja alcançado. E, desta forma, a obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2019) denota a existência de um ciclo na consecução de direitos onde, inicialmente, se infere pela existência do direito, com a devida necessidade de atuação do Estado, que o fará a partir da arrecadação dos impostos, sua principal fonte de renda.

Com a existência de tal ciclo, onde um direito se efetivará a partir do surgimento do dever para outrem, de maneira geral, o Estado é que se incumbe investigar o problema proposto neste artigo. Considerando os ensinamentos dos autores, exporemos os ditames da Lei nº 14.026/2020 sobre universalização do acesso à água.

Para Mastrodi e Alves (2016, p. 715), Holmes e Sunstein entendem que todos os direitos são direitos prestacionais e que, por isso, “exigem, para que sejam efetivados, um conjunto de medidas positivas que envolvem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para proteger, assegurar e garantir tais direitos”.

Universalização do acesso à água pela Lei nº 14.026/2020

Os defensores da Lei nº 14.026/2020 no Congresso Nacional brasileiro explicaram a necessidade de tal legislação como sendo o correto caminho para se resolver um problema histórico

no Brasil, que é a precariedade do acesso à água potável e ao saneamento básico. Com o incentivo à prestação do serviço pela iniciativa privada e a possibilidade da prestação de maneira regionalizada, o Novo Marco Legal do Saneamento tem, como pano de fundo sua existência, a universalização do acesso à água no Brasil.

Como: unidades regionalizadas

Quando a Lei nº 14.026/2020 alterou as regras da Lei nº 11.445/2007, um de seus objetivos foi dotar a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) da responsabilidade de órgão regulador central sobre o tema no Brasil e, já ao falar das novas atribuições da ANA, a Lei determina que a regulação vinda de tal Agência deverá incentivar a prestação do serviço de maneira regionalizada (Art. 4º-A, § 3º, V).

A Lei também traz a definição de prestação regionalizada e explica que é a “modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município” (Brasil, 2020, Art. 3º, VI) e que pode ocorrer através regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões; unidade regional de saneamento básico ou em blocos de referência.

Orsi *et al.* (2021, p. 249) lembram que a Lei nº 14.026/2020 trouxe uma remodelação na forma de prestação do serviço, incentivando “a formação de blocos de municípios para posterior concessão de serviços” e que, por isso, “criou uma outra figura chamada prestação regionalizada”.

Nesta linha, Branco Filho *et al.* (2023) explicam que a regionalização do serviço de abastecimento, nos termos do Novo Marco Legal, ganhou destaque por não só estimular, mas também por criar novas modalidades de regionalização, embora a prestação de serviços de maneira regionalizada não seja uma novidade da nova lei. Estes autores lembram que o Novo Marco condiciona o acesso a recursos financeiros para o segmento à existência da prestação regionalizada.

Pollini, Clauzet e Barbosa (2023, p. 129) afirmam que a modalidade de regionalização apresentada pelo Novo Marco aponta no sentido diverso do que se entendia anteriormente por regionalização por disciplinar a questão a partir de uma “titularidade compartilhada, ou seja, é pela gestão da política de forma conjunta entre os municípios e o estado”. Para eles, desta forma, torna-se possível a manutenção do subsídio cruzado e ganhos de escala.

Entre as novidades, as unidades regionais de saneamento diferenciam-se dos blocos de referência quanto a sua instituição, já que fica a cargo da União tal instituição para estes e aos Estados, para aqueles. Além do mais, a criação das unidades regionais se dá de maneira impositiva pelo Estado, nos termos do Estatuto da Metrópole, o que acontece de maneira diversa nos blocos de referência, onde os municípios o criam de maneira voluntária, sendo este o ponto central de diferenciação entre os dois regimes (Branco Filho *et al.*, 2023).

Nesta mesma linha, Vanzella e Borges (2020, p. 223) reforçam o peso que a prestação de serviços de maneira regionalizada ganhou com a Lei nº 14.026/2020, sendo este um mecanismo com viés econômico: atração de capital privado e manutenção dos subsídios cruzados. Para estes autores, a prestação regionalizada são “projetos de desestatização que diminuem custos de transação, proporcionam economia de escala, permitem soluções de projeto mais econômicas, evitam o desatendimento de determinados municípios [...]”.

Vanzella e Borges (2020) explicam que é justamente a dificuldade dos modelos anteriores em proporcionar ganhos de escala e manter o subsídio cruzado, que tornaram a prestação regionalizada dos serviços de abastecimento um destaque na Lei nº 14.026/2020 pois, naqueles modelos, havia uma excessiva pluralidade de titulares dos serviços, o que se buscou simplificar no Novo Marco.

O relevo dado pela nova lei à prestação regionalizada, ou regionalização, para, Silva, Feitosa e Soares (2022) é justificado pela “abertura do caminho” para que as organizações privadas possam adentrar no segmento já que, soma-se ao já apresentado por Vanzella e Borges (2020), a vedação aos contratos de programa e a preferência das empresas públicas para prestação dos serviços, forçando os titulares a realizarem processos licitatórios.

Portanto, infere-se que vários fatores, diretamente ligados ao acesso à água e a efetivação deste direito estão afetados pela regionalização imposta pela nova lei, já que esta altera o regramento jurídico-econômico, bem como a realidade da prestação dos serviços.

Quem: incentivo a participação da iniciativa privada

Como já apresentado, o Novo Marco Legal do Saneamento, ao impor a prestação de serviços de maneira regionalizada, impôs a existência de um único titular dos serviços e modificou o cenário jurídico e econômico da prestação dos serviços de abastecimento de água no Brasil.

Nos dizeres de Silva, Feitosa e Soares (2022), a vedação à renovação e à realização de novos contratos de programa e o fim da preferência das empresas públicas nos processos licitatórios, alteram o quadro dos prestadores no país. Além do mais, estes autores apontam pelo financiamento aos entes privados através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

A prestação dos serviços, anteriormente delegada pelos titulares, nos ditames da Lei nº 14.026/2020 e com a regionalização dela advinda, tem um novo regramento jurídico em relação a contratualização, quando modificou significativamente as regras anteriormente dispostas na Lei nº 11.445/2007. Não só a lei de 2007, mas o próprio Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), que previa a prestação deste tipo de serviço pelo poder público.

Com as novas regras, o processo de contratação tem claro direcionamento para a contratação de organizações privadas já que “pela nova norma não mais será possível aos municípios, sem prévia licitação, realizar novas concessões aos Estados-membros nem celebrar contratos de programa com entes estaduais ou empresas estatais [...]” (Leite; Moita Neto; Bezerra, 2022, p. 1044).

Calisto (2020, p. 60) aponta para a “viabilização dos negócios no saneamento”, com a aprovação do Novo Marco Legal. Sob este aspecto, a autora lembra que a vedação aos contratos de programa é uma evidente tentativa da legislação em comento de desenvolver um modelo privado para o saneamento básico no Brasil, através da “atuação de empresas privadas regidas pela lucratividade”.

Qual a relação do como e do quem no custo do direito à água?

Depois de apresentarmos as principais mudanças trazidas pelo advento da Lei nº 14.026/2020, é importante que discorremos brevemente sobre a relação que existe entre a regionalização e a privatização da água com o custo do direito ao acesso à água para, após isso, analisarmos os dados do acesso à água no Brasil, de acordo com os ensinamentos de Holmes e Sunstein (2019).

Inicialmente, é importante trazermos a questão do subsídio cruzado, assunto inserido no tema da regionalização e da privatização. Por subsídio cruzado, prevalecerá o entendimento casual de ser um mecanismo para cobrir a baixa lucratividade de um segmento por outro, lucrativo. No caso do saneamento básico, de uma localidade por outra. Desta forma, uma determinada localidade que é lucrativa, para o operador do serviço, cobre os custos de outra localidade, desta feita, deficitária.

Por essa razão, o tema do subsídio cruzado é de suma consideração quando se discute prestação de serviços públicos de saneamento, haja vista que, como se demonstrará mais adiante, a maioria dos municípios brasileiros não são lucrativos para as organizações prestadoras do serviço, o que se choca frontalmente com o objetivo central de empresas privadas, que é o lucro.

Neste ponto, Britto e Quintslr (2022) defendem que a intenção do Novo Marco, no sentido de impor regras mais rígidas para regionalização, tem como principal objetivo atingir diretamente a estrutura dos subsídios cruzados mantida pelas companhias estaduais e, com isso, incentivar a efetiva participação da iniciativa privada no setor de saneamento básico no Brasil.

Neste caso, as duas grandes alterações do Novo Marco, regionalização e prestadores, se entrelaçam simbioticamente. Ao abrir o mercado do saneamento básico para as organizações privadas, a Lei nº 14.026/2020 tentou equalizar a questão do subsídio cruzado, através da prestação regionalizada, tendo em vista que uma das principais questões relativas à consecução do direito à água é seu acesso economicamente viável pelo usuário.

O direito à água se concretiza, na ótica de Silva, Feitosa e Soares (2022, p. 9), através do subsídio cruzado, já que este é um dos “elementos fundamentais para a concretização do direito social e humano ao saneamento e à água, bem como ao desenvolvimento”. Para os autores, a nova lei ataca frontalmente o subsídio cruzado, ao impedir a continuidade do princípio da solidariedade existente na Lei nº 11.445/2007.

O ponto central de debate em relação a possibilidade da prestação dos serviços privados se dá exatamente na manutenção do subsídio cruzado, de modo a garantir a efetivação do acesso à água e, com isso, atender ao principal objetivo da Lei nº 14.026/2020, que é a universalização do acesso à água.

Uma vez que a principal meta de uma entidade privada é a maximização da sua margem de lucro, o subsídio cruzado é um elemento contrário a essa situação empresarial, já que implicaria no balanceamento entre lucro de uma localidade e o custo da operação de outra. Por essa razão, este artigo buscou investigar a universalização do acesso à água, compreendido como principal reflexo do direito à água, à luz dos ensinamentos de Holmes e Sunstein (2019) sobre o custo do direito.

Realidades do acesso à água no Brasil

Um dos mais renomados institutos brasileiros que pesquisam a realidade do saneamento básico no país é o Trata Brasil, uma organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), criada em 2007 e que tem enfoque em três eixos: Água e Cidadania pela Vida; Trata Brasil na Comunidade e Apoio ao Saneamento Rural e em Áreas Isoladas.

De acordo com o Trata Brasil, no ano de 2021 mais de 32 milhões de brasileiros ficaram sem acesso à água potável, sendo a maior parcela desta população situada no Norte e no Nordeste do Brasil (Trata Brasil, 2023). Tal dado está em consonância com os dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), do Ministério das Cidades, que apontam a ausência de acesso à água para 15% da população brasileira (Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, 2022).

Portanto, de acordo com as metas estabelecidas pela Lei nº 14.026/20, os operadores do serviço público de abastecimento de água precisam chegar até dezembro de 2033 com o perene atendimento à população que já acessa à água mais a população faltante e, assim, atingir a universalização pretendida pela lei que terá, como consequência, a efetivação do direito à água no Brasil.

Ocorre que, para atingir tal meta, o PLANSAB previa, em dezembro de 2021, a necessidade de investimentos na ordem de R\$ 600 bilhões. Em 2023, o Trata Brasil realizou um estudo que identificou que, considerando os investimentos realizados em 2019, 2020 e 2021, que não foram contabilizados quando da estipulação do PLANSAB de dezembro/2021, há necessidade de investimentos na ordem de R\$ 538 bilhões, o que corresponderia a quase 5% do PIB do país em 2023, que foi próximo dos 11 trilhões de reais (Trata Brasil, 2023).

Um dado que merece relevo no estudo do Trata Brasil é o de que entre 2017 e 2021 houve o investimento de quase R\$100 bilhões no setor, sendo que destes 93% foram realizados com recursos próprios dos operadores que, de acordo com o SNIS, em 2022 eram 89,92% públicos (Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, 2022). Na análise do Trata Brasil, só é possível atingir esse volume de investimentos com recursos próprios, pois os maiores investidores localizam-se no Sul do país, onde há importante saúde econômico-financeira dos prestadores.

Um outro estudo, este da Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON SINDCON), em parceria com a KPMG, estimou, ainda em 2020, que o custo para universalização do saneamento básico no Brasil seria de R\$ 753 bilhões, considerando dados de 2018. Com este estudo, o Trata Brasil fez projeções utilizando o índice IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas e estimou que, em 2023, seriam necessários, portanto, cerca de R\$1,1 trilhão. Desta forma, estipula o Trata Brasil que seriam necessários investimentos anuais, até o final de 2033, de R\$ 92,7 bilhões, o que obrigaria que o investimento anual fosse quadruplicado.

Diante de tais estudos, passamos a considerar os dados em detrimento das lições de Holmes e Sunstein (2019) tendo, em primeiro lugar, a respeito do custo dos direitos, neste caso o direito à água que, no Brasil, se efetivará através da universalização do acesso. Não restam dúvidas, diante dos estudos do Trata Brasil e da ABCON SINDCON, que o custo para efetivação do direito à água no Brasil é extremamente elevado, especialmente sob o prisma do espaço-tempo, determinado pela Lei nº 14.026/2020.

O SNIS informa que a média nacional da tarifa do metro cúbico de água é de R\$ 5,00, em 2023, ou seja, o custo para garantia total de tal direito no país equivale ao pagamento de mais de 220 trilhões de metros cúbicos de água hoje distribuídos, se considerarmos o estudo que impõe um custo de R\$ 1,1 trilhão. Além do mais, como já mencionado, a efetivação do direito à água no Brasil não passa apenas por levar água aos 15% que hoje não a acessam, mas também de manter o sistema funcionando para o restante da população já beneficiada.

Ainda de acordo com o SNIS, o custo de produção do metro cúbico de água atualmente é de R\$ 4,39, há um consumo médio diário de 148 litros por habitante que, convertidos para metros cúbicos, corresponde a 0,148m³, ou seja, diariamente cada cidadão brasileiro que atualmente acessa à água custa R\$ 0,649, o que dá um custo diário de operação de mais de R\$ 111 milhões, considerando o dado do SNIS de que em 2022 há mais de 171 milhões de brasileiros com efetivo acesso à água (Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, 2022).

Sem que consideremos qualquer projeção para o custo de operação e, portanto, do direito à água no Brasil caso a universalização seja concretizada, os dados atuais demonstram, de per si, o que Holmes e Sunstein (2019) disseram em *O Custo dos Direitos*: entre outros, o direito à água tem um custo bastante elevado para ser protegido, garantido ou até mesmo efetivado.

Noutra linha do ensinamento dos autores, o estudo do Trata Brasil que identificou que mais de 93% dos recursos investidos até o momento em saneamento básico foram com recursos próprios dos operadores que, no Brasil, são quase 90% públicos, também confirma a tese de Holmes e Sunstein (2019) que o direito só se efetiva através de um Estado forte. Neste ponto, torna-se

importante a junção da tese do custo dos direitos com a do Estado como garantidor dos direitos uma vez que, como demonstrado, o custo do direito à água no Brasil é muito alto, o que leva a nos questionar se o operador privado terá, de fato, interesse na prestação do serviço.

Num custo atual de R\$ 111 milhões por dia, considerando os 85% da população que tem acesso à água, numa tarifa média de R\$ 5,00 e onde impera o princípio do subsídio cruzado, é de fato importante avaliar, através de estudos e pesquisas, como a iniciativa privada que, como dito, tem como objetivo central a maximização do lucro, conseguirá efetivar o direito à água que perpassa, necessariamente, pela capacidade econômica do usuário de consumir o líquido.

Sob este ponto, importante estudo realizado por Barreto *et al.* (2021), sobre a regionalização em microrregiões no estado da Paraíba, demonstra que apenas 1 das 4 microrregiões é superavitária, ou seja, dá lucro para o operador. Nesse estudo, os autores discutem e concluem de maneira didática que só a permanência do subsídio cruzado será capaz de promover a universalização e a efetivação do direito à água. Para tanto, demonstram que o operador estadual, que é público, mesmo tendo 3/4 das suas microrregiões deficitárias, consegue realizar o atendimento a essas populações e permanecer saudável financeiramente.

Desta forma, é possível verificarmos que os ensinamentos de Holmes e Sunstein (2019) sobre a necessidade da atuação do Estado para efetivação dos direitos é cabível quando se trata do direito à água já que, de acordo com os dados apresentados, o Estado tem sido o maior responsável pelo abastecimento da população que atualmente acessa a água e, pelo montante de investimentos e por não objetivar lucro, que o permite manter o subsídio cruzado, apresenta-se como o principal operador do serviço de abastecimento de água.

Por fim, no que se refere ao surgimento de um dever quando se infere por um direito, neste caso à água, não restam dúvidas que cabe e caberá ao Estado a tarefa de garantir, proteger e efetivar tal direito, quando do atingimento das metas de universalização pelo Novo Marco Legal do Saneamento de 2020. É importante, contudo, esclarecer que, a depender da opção do titular do serviço, o Município, tal dever poderá recair também para o ente privado.

Assim, a universalização do acesso à água que, no Brasil, tornará possível a efetivação do direito à água, nos termos da Lei nº 14.026/2020, Novo Marco Legal do Saneamento Básico, terá mais propensão de ser concluída se considerados todos os 3 ensinamentos de Holmes e Sunstein (2019), na obra *O Custo dos Direitos – Por que a liberdade depende dos impostos*.

Conclusão

Este artigo objetivou analisar a proposta de universalização do abastecimento à água no Brasil, nos termos da Lei nº 14.026/2020, chamada de Novo Marco Legal do Saneamento, à luz dos ensinamentos de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, na sua obra de 1999, intitulada *O Custo dos Direitos – Por que a liberdade depende dos impostos*, para responder a seguinte questão problema: as disposições da Lei nº 14.026/20 garantem a efetivação do direito à água no país sob a ótica dos ensinamentos de Holmes e Sunstein, sobre o custo dos direitos?

Ao discorrermos sobre a obra dos autores, foi possível depreender que foram 3 os ensinamentos principais: os direitos custam dinheiro; para efetivação de direitos, é necessária a atuação de um Estado grande e, ao mesmo tempo que um direito passar a existir, passará também a existir um dever para alguém, que será o de garantir, proteger ou efetivar tal direito.

Neste cenário, encontrar-se-ia o direito à água, mais detidamente o direito ao acesso à água uma vez que não há dúvidas que o indivíduo tem direito a acessar, no sentido de consumir, água

potável para sua sobrevivência e desenvolvimento. No Brasil, tal direito pretende ser efetivado com a universalização do saneamento básico, prevista na Lei nº 14.026/2020, que alterou, de maneira expressiva, a forma de prestação do serviço, impondo a regionalização dos serviços como mecanismo de recebimento de verbas para investimentos dos titulares, os Municípios, como também incentivou a participação da iniciativa privada, com a proibição dos contratos de programa e a preferência dos entes públicos nos processos licitatórios.

De acordo com os dados dos institutos que pesquisam o tema no Brasil, seria necessário, para atender as metas do Novo Marco e, por conseguinte, alcançar a universalização, um investimento médio anual, entre 2023 e 2033, de quase R\$ 93 bilhões, além da manutenção de um custo médio diário de R\$111 milhões para permanecer atendendo a parcela da população brasileira que já tem tal direito efetivado.

Desta forma, à luz dos ensinamentos de Holmes e Sunstein (colocar o ano da obra), conclui-se que a universalização do acesso à água no Brasil, que terá como consequência objetiva a efetivação do direito à água para os brasileiros, terá mais probabilidade de ser alcançada se forem observadas e seguidas as 3 principais lições dos autores quando o dever de garantir o direito à água for do Estado, que deve ser forte o suficiente para arcar com os custos do direito à água no Brasil.

Referências

Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. *Quanto custa universalizar o saneamento no Brasil?* [S. l.]: KPMG/ABCON, 2020. Disponível em: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2020/07/kpmg-quanto-custa-universalizar-o-saneamento-no-brasil.pdf>. Acesso em: 6 maio 2024.

Barreto, J. B. *et al.* Análise da regionalização do saneamento: Cenários hídricos e (in)sustentabilidade econômico-financeira das microrregiões de água e esgoto da Paraíba. *Research, Society and Development*, v. 10, n. 10, p. 1-36, 2021. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/18513/16649>. Acesso em: 5 maio 2024.

Branco Filho, T. C. T. *et al.* Um panorama da regionalização do saneamento básico: desafios para a governança nas estruturas de prestação regionalizada. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 9, n. 1, p. 35-68, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/43660/36808>. Acesso em: 3 maio 2024.

Brasil. Lei Nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico: Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 [...]. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, ano 158, n. 135, p. 1-8, 16 jun. 2020. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/07/2020&jornal=515&pagina=1&totalArquivos=91>. Acesso em: 28 abr. 2024.

Britto, A. L.; Quintslr, S. A política neoliberal no saneamento básico: mudanças no marco legal, privatizações e reflexos no direito à cidade. In: Ribeiro, L. C. Q. (org.). *Questões, desafios e caminhos*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2022.

Calisto, D. A. *Mercantilização da água: análise da privatização do saneamento de Teresina (PI)*. 2020. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Territorial na América Latina e Caribe) – Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/server/api/core/bitstreams/e2021735-e977-4364-8806-5be64315f46e/content>. Acesso em: 3 maio 2024.

Cordeiro, G. L.; Pereira, M. M. F.; Figueiredo, P. H. S. Custo dos Direitos, Tributação e Desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, v. 16, n. 2, 2022. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/13081>. Acesso em: 24 jul. 2024.

Holmes, S.; Sunstein, C. R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

Holmes, S.; Sunstein, C. *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 1999.

- Leite, C. H. P.; Moita Neto, J. M.; Bezerra, A. K. L. Novo marco legal do saneamento básico: alterações e perspectivas. *Engenharia Sanitaria e Ambiental*, v. 27, n. 5, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/esa/a/c9q3cL4bMT4L4KP7zCMxzCP/?lang=pt#>. Acesso em: 4 maio 2024.
- Mastrodi, J.; Alves, A. D. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, n. 2, p. 695-722, 2016. Doi: <https://doi.org/10.12957/rqi.2016.19270>.
- Nabais, J. C. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Mackenzie*, v. 3, n. 2, 2002. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246>. Acesso em: 24 jul. 2024.
- Orsi, R. A. *et al.* Conflitos e desafios entre a regionalização do saneamento básico, a governança da água e a macrometrópole paulista. *Cadernos de Campo*, n. 31, p. 237-260. 2021. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/16412/12459>. Acesso em: 2 maio 2024.
- Pollini, P.; Clauzet, M.; Barbosa, E. C. Um balanço das regionalizações do saneamento básico após a revisão do marco regulatório (Lei nº 14.026/2020). *Boletim Regional, Urbano e Ambiental*, v. 29, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12185>. Acesso em: 25 jul. 2024.
- Silva, J. I. A. O.; Feitosa, M. L. P. A. M.; Soares, A. S. C. M. O desmonte da estatalidade brasileira no caso da política pública de saneamento e a falácia da regionalização como vetor de desenvolvimento regional. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, v. 24, e202212, 2022. Doi: <https://doi.org/10.22296/2317-1529.rbeur.202212>.
- Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento. *Abastecimento de água – 2022*. Brasília: Ministério das Cidades, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/painel/ab>. Acesso em: 6 maio 2024.
- Trata Brasil. *Estudo sobre os avanços do novo marco legal do saneamento básico no Brasil - 2023 (SNIS 2021)*. São Paulo: Go Associados, 2023. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/avancos-do-novo-marco-legal-do-saneamento-basico-no-brasil-2023-snis-2021/>. Acesso em: 5 maio 2024.
- Vanzella, R. D. F.; Borges, J. S. A. Notas sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. In: Dal Pozzo, A. N. (coord.). *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: https://www.machadomeyer.com.br/images/publicacoes/O_novo_marco_regulatrio_do_saneamento_bsico.pdf. Acesso em: 5 maio 2024.