

Breves reflexões sobre a constitucionalidade do §5º do art. 11 da Lei nº 11.445/2007

1 - Considerações iniciais: as alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020 e a correlação de outros diplomas com a Lei nº 11.445/2007.

Como cediço, a Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 trouxe significativas alterações na Lei nº 11.445/2007¹, diploma que este estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Bem de ver que a mesma lei de julho de 2020 também alterou disposições relevantes da Lei nº 9.984/2000 - para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. Além desta, também foram promovidas alterações na Lei nº 11.107/2005 - para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal - e em outros diplomas normativos (como, por exemplo, as Leis nº 12.305/2010 e 13.089/2015 - Estatuto da Metrópole).

Com o advento da novel legislação, diversos dispositivos de seu corpo foram alvo de palestras, seminários e artigos doutrinários. Dentre as discussões travadas sobre o seu plexo normativo, as mais comuns e acaloradas versaram sobre (i) as regras que incorporaram competência adicional para a ANA estabelecer “normas de referência” em sede regulatória que pudesse avançar nas concessões à níveis regionais e municipais, no mínimo para vedar a obtenção de recursos pela União; (ii) a previsão de novas modalidades de prestação regionalizada para além daquela levada a efeito à nível dos consórcios municipais e das regiões metropolitanas²; (iii) a priorização dos modelos de contrato de concessão em detrimento dos denominados contratos de programa; e (iv) a possibilidade de a União, à luz da partilha e dos limites das competências constitucionais decorrentes de nosso modelo Federativo, estabelecer metas de universalização para abastecimento de água potável e coleta e tratamento de esgoto, tal como estabelecido para o horizonte de 31 de dezembro de 2033, nos percentuais de

¹ Para alguns, inclusive conforme veiculado constantemente pela imprensa, as alterações foram de tal monta que se poderia denominar a novel legislação como “novo marco legal do saneamento”.

² Estas objeto de profundas divergências em sede doutrinária e jurisprudencial, neste último caso sendo emblemático o julgamento da ADI nº 1842/RJ, pelo STF.

99% e 90% da população, respectivamente, conforme os termos da nova redação dada ao art. 11-B da Lei nº 11.445/2007.

Porém, e para além das questões acima e de tantas outras - que inclusive foram alcançadas ao Eg. STF em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade³ -, não podemos perder de vista que outras disposições relevantes foram trazidas à lume em campos reveladores de uma interface (com potencialidades) envolvendo temas (co)relacionados ao saneamento básico e à segurança hídrica e, bem assim, ao saneamento básico e à função socioambiental da empresa.

Este artigo não tem o propósito de esmiuçar todos os reflexos e potencialidades das correlações temáticas supracitadas. Visa, tão somente, proceder a uma breve exposição sobre a constitucionalidade do novo comando previsto no §5º do art. 11 da Lei nº 11.445/2007, cuja redação é a seguinte: “**fica vedada a distribuição de lucros e dividendos, do contrato em execução, pelo prestador de serviços que estiver descumprindo as metas e cronogramas estabelecidos no contrato específico da prestação de serviço público de saneamento básico**”.

Consoante se depreende de uma leitura atenta do enunciado normativo retrocitado, sua pertinência temática com as regras e os princípios gerais afetos ao “saneamento básico” afigura-se um tanto quanto peculiar se comparada com as demais disposições da mesma Lei, *v.g.* no que diz com questões relacionadas ao ‘poder concedente’, ‘planejamento’, ‘conteúdo mínimo dos contratos de concessão’ e ‘regulação’.

Todavia, longe ser uma espécie de contrabando legislativo⁴, “cavalo de Tróia” ou “corpo estranho”, a disposição guarda sintonia com a seriedade com que o legislador pátrio resolveu tratar das metas e cronogramas existentes nos contratos de concessão na área do saneamento básico. Se de um lado a Lei nº 14.026/2020 representou um estímulo às concessões “privadas” e uma retração da Administração Pública no campo deste serviço público, por outro lado este “convite” (*e.g.* à iniciativa privada) foi acompanhado não só de regras que garantissem ‘segurança jurídica’, como também de

³ No âmbito das ADIs nº 6536, 6492, 6583 e 6882, julgadas em 02/12/2021.

⁴ A expressão, impactante pelos termos utilizados, vem sendo empregada pelo Poder Judiciário em determinados julgamentos acerca da constitucionalidade de atos normativos que se enquadram nas seguintes hipóteses, por exemplo: nos casos em que o enunciado normativo, inserido no mais das vezes na véspera das votações derradeiras na Casa Legislativa, destoa significativamente da temática ou do conjunto de disposições relativamente ungidas pela mesma *ratio*.

outras que realçassem a importância da regulação estatal (já que estamos tratando de serviço público essencial) e do efetivo comprometimento com a satisfação dos direitos (v.g. humanos e fundamentais) atendidos por estas mesmas concessões.

De tal sorte que a regra do §5º do art. 11 da Lei nº 11.445/2007, como veremos adiante, demonstra que é possível que a legislação sobre determinado tema específico (e.g. saneamento) possa não só veicular preceitos tradicionalmente relacionados aos princípios, instrumentos e institutos que lhes são afins⁵ - de ramos da ciência jurídica em que costuma ser estudado e disciplinado (v.g. direito administrativo) -, como também trazer disposições que, a par da sua interdisciplinaridade com outras ciências para além do Direito - como a engenharia, economia, biologia, hidrologia e outras -, versem sobre instrumentos e institutos que são tratados, comumente e enquanto regra geral, em legislações afetas a outros sistemas e ramos (e.g. direito financeiro, tributário, consumidor e empresarial), conferindo *especialidade* a determinada relação jurídica quando desenvolvida sob os influxos e no campo daquele setor/tema específico.

Tecidas essas considerações introdutórias, passemos ao exame do novel dispositivo, notadamente no que tange à sua constitucionalidade – sob os prismas formal e material.

2. A constitucionalidade do §5º do art. 11 da Lei nº 11.445/2007:

2.1. Constitucionalidade formal

Conforme salientado anteriormente, a Lei nº 11.445/2007 (LPNSB), a par de tratar matérias típicas e tradicionais afetas ao “saneamento” (como, por exemplo, titularidade e seu exercício; planejamento; regulação; aspectos econômicos, sociais e técnicos; etc.), também traz, notadamente por força de alterações legislativas supervenientes, disposições normativas de natureza e disciplina peculiar. Este, ao nosso sentir, é o caso do §5º do art. 11 da Lei nº 11.445/2007, cujos reflexos irradiam desde o saneamento até as raias do direito empresarial.

⁵ Como “competências”, “titularidade”, “modalidades de prestação”, “contratos”, “tarifa”, “regulação”, etc.

Nessa toada, a primeira indagação que poderia surgir seria: haveria inconstitucionalidade formal na regra⁶ plasmada no parágrafo 5º do art. 11 da Lei nº 11.445/2007 (fruto da introdução promovida pela Lei nº 14.026/2020)?

Nosso posicionamento é no sentido negativo. Ou seja, não há inconstitucionalidade formal no preceito em referência.

A matéria “distribuição de lucros e dividendos”, como cediço, é objeto preponderante, (i) sob o ponto de vista científico - v.g. no campo da ciência jurídica -, de estudo e análise pelo ‘Direito Empresarial’; e (ii) sob a ótica normativa, a partir de princípios e regras emanados do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e de legislações especiais, como, por exemplo, a Lei nº 6.404/1976 - que dispõe sobre as ‘Sociedades por Ações’. A partir desta premissa do “Direito” enquanto ‘ciência’ e ‘norma’, e nos atendo mais especificamente sobre esta última categoria, passemos a enveredar nas águas da partilha de competências delineadas à nível constitucional.

A Constituição da República, no inciso I do seu art. 22, expressamente atribui à União a competência privativa para legislar sobre direito civil, comercial e outras matérias. E, con quanto não seja objeto deste artigo estabelecer distinções entre os conceitos de “comércio” e “empresa” – e, bem assim, sobre a (co)existência, diferenças e aproximações entre os direitos ‘comercial’ e ‘empresarial’, além da correlação e grau de abrangência destes pelo Direito Civil -, podemos dizer que a temática dos “lucros e dividendos” é objeto de estudo e disciplina preponderantemente pelo ‘direito empresarial’ e, mais especificamente, pelo ‘direito societário’⁷. Em assim sendo, *a fortiori*, estamos (e não é de hoje) em sede de competência legislativa privativa da União para legislar sobre a matéria⁸.

Nessa ordem de ideias, e firmes na premissa de que as regras de distribuição de competências legislativas são os alicerces do federalismo e consagram a fórmula de

⁶ Consoante preconizado pela melhor doutrina, as normas jurídicas podem se dividir em “normas-regras” e “normas-princípios”. Não é o propósito deste artigo expor e detalhar a diferença entre ambas as espécies. Sem prejuízo desta limitação de escopo, cremos que o enunciado ora em análise mais se coaduna com a espécie das “normas-regras”.

⁷ Corroborando este entendimento, assim o fazendo com maior ou menor profundidade, vide STJ, REsp 851462 / BA, 3ª Turma, Min.ª. Nancy Andrigi, DJe 15/10/2010; e STF, RE 648458/PR, Min. Luiz Fux, 06/12/2011.

⁸ No mesmo sentido, vide: “(...) o Brasil nunca conheceu sistema diverso da competência privativa da União para legislar sobre Direito Societário. Isso não quer dizer que inexistam outros horizontes. O modelo nacional é próprio do seu desenvolvimento histórico e cultural”. **Competência legislativa em Direito Societário: Sistemas brasileiro, norte-americano e comunitário europeu.** LEONARDO NETTO PARENTONI BRUNO MIRANDA GONTIJO, disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p239.pdf, acesso em 12/10/2022

divisão de centros de poder em um Estado de Direito⁹ - sendo esta partilha calcada no princípio da ‘predominância do interesse’ -, os que defenderem a competência privativa para a matéria que ora nos debruçamos apresentará em seu favor as seguintes consequências: (i) assegurar, em âmbito nacional, uniformidade no trato do tema; (ii) maior previsibilidade para os principais “atores” da relação jurídica empresarial, principalmente para os potenciais investidores e sócios (v.g. nas sociedades de capital), pois a legislação sobre o tema é a mesma, em qualquer parte do País; (iii) como decorrência das circunstâncias anteriores, ter-se-ia, em tese, maior segurança jurídica, com reflexos, por exemplo, na redução dos “custos de transação”; (iv) em caso de divergência interpretativa, viabiliza-se o manejo de instrumento judicial para uniformização de entendimentos - sendo esta uma das funções precípuas, na conformação do federalismo brasileiro, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Porém - e a partir de agora a discussão se torna mais complexa -, poder-se-ia levantar a seguinte objeção: “ora, a Lei nº 14.026/2020, veiculadora da regra do §5º do art. 11, não introduziu alterações no Código Civil e tampouco na Lei nº 6.404/1976. Ela assim o fez num diploma que, consoante desponta de seu preâmbulo¹⁰, *estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978.*”

E, complementando a objeção supra, a argumentação seguiria: “além de não ter alterado o Código Civil e a Lei da Sociedade por Ações, a Lei nº 14.026/2020 introduziu a regra da vedação a distribuição de lucros e dividendos no próprio corpo da Lei nº 11.445/2007, enquanto parágrafo (que deve guardar correlação com o *caput*) de enunciado (art. 11) que trata de matéria típica de saneamento¹¹. E esta matéria, por sua vez, admite edição de normas pelos demais entes federativos. Portanto, temos duas objeções: não estamos diante de competência privativa; e esta Lei nº 14.026/2020 também violou o quanto previsto no inciso II do art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998,

⁹ Cf. STF, ADI 5792 / DF, Pleno, Relator Min. Alexandre De Moraes, Publicação: 04/11/2019.

¹⁰ Com a novel redação conferida pela Lei nº 14.026/2020.

¹¹ Art. 11. *São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: (...)*

que dita que *a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.*”

Pois bem. Sobre a questão da competência concorrente, deve-se averbar que a matéria “saneamento básico” apresenta peculiaridades que não a sujeitam aos contornos clássicos (embora até hoje de difícil conciliação prática) do artigo 24 da CRFB/1988. Lembrando, inclusive, que apesar das interfaces existentes entre o saneamento e outros direitos/interesses – como meio ambiente, saúde e consumidor – previstos no art. 24, certo é que aquele serviço público (“matéria”) encontra guarida expressa no inciso XX¹² do art. 21 e previsão implícita nos incisos I e V do art. 30 (embora, aqui, estejamos tratando mais de uma competência organizacional e prestacional).¹³

Resumidamente, podemos delinear as competências nesta matéria nos seguintes termos: (i) a União é a titular da competência¹⁴ para a edição de normas gerais (art. 21, XX); (ii) já a competência legislativa suplementar, assim como a competência administrativa para organizar e prestar os serviços, será dos Municípios e Distrito Federal, no que tange aos ‘serviços de interesse local’; e, quando estivermos no campo das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões – casos reveladores do denominado “interesse comum” –, caberá ao Estado.

À luz dessas considerações, não vislumbramos um transbordo de competência da União no estabelecimento de ‘diretrizes’ nacionais ao estabelecer a regra do §5º do art. 11 da Lei nº 11.445/2007, uma vez que a pretensão de uniformidade em âmbito nacional sobre os ‘contratos de saneamento’ por sociedades empresárias lhe confere este contorno (de diretriz/regra geral).

E, conquanto não estejamos diante daquelas ‘regras gerais’ cujos contornos estão disciplinados pelo *caput* e §§ do art. 24 da CRFB/1988, entendimentos jurisprudenciais hauridos neste complexo domínio parecem ser aplicados também aqui. E um destes entendimentos, por exemplo, seria o de que, a despeito de pretender legislar sobre consumidor ou meio ambiente, não poderia o Estado ou o Município afastar a limitação (“sanção) prevista no § 5º do art. 11 da LPNSB, seja por ser menos protetiva ao interesse público primário subjacente (“universalização do saneamento”;

¹² Art. 21. Compete à União: (...) XX - Instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos

¹³ Nesse sentido, vide STF, ADI nº 4454, Pleno, Min^a Carmen Lucia, 25/08/2020.

¹⁴ Chamaríamos “legislativa”, a despeito de não se localizar topograficamente no art. 22.

meio ambiente equilibrado; efetiva reparação dos consumidores); seja por invadir o campo da ‘diretriz’ nacional estabelecida pela União em casos tais (uma diretriz que “mistura as águas” das matérias ‘saneamento básico’ e ‘empresarial’, cuja União está habilitada constitucionalmente para legislar).

Noutro giro, e em que pese não ser propriamente uma questão de competência formal - mas, sim, de regras de hermenêutica e conflito aparente de normas -, trazemos à baila algumas hipóteses que corroboram a validade da regra estatuída no §5º do art. 11.

Dentre alguns exemplos que poderiam ser colacionados (e sem necessidade de incursões doutrinárias profundas sobre as técnicas de resolução de ‘conflito aparente de normas’, como a ‘especialidade’), nos valeremos incialmente de um que, por feliz coincidência, também envolve disposições constantes da Lei nº 11.445/2007.

Ao interpretar sistematicamente e integrar de forma harmônica as determinações do art. 45 da Lei nº 11.445/2007 ante as previsões da Lei nº 9.433/1997¹⁵, o Superior Tribunal de Justiça, em precedente¹⁶ da lavra do insigne Min. Herman Benjamin, teceu as seguintes considerações à título de *ratio decidendi*:

5. Na disciplina dos recursos hídricos, dois diplomas federais são de observância obrigatória para Estados, Distrito Federal e Municípios: a Lei 9.433/1997 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos) e a Lei 11.445/2007 (Lei do Saneamento Básico). A Lei 9.433/1997 condiciona a extração de água subterrânea - quer para "consumo final", quer como "insumo de processo produtivo" - à prévia e válida outorga pelo Poder Público, o que se explica pela notória escassez desse precioso bem, literalmente vital, de enorme e crescente valor econômico, mormente diante das mudanças climáticas (art. 12, II). Já o art. 45, § 2º, da Lei 11.445/2007 prevê categoricamente que "a instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes". 6. Assim, patente a existência de disciplina normativa expressa, categórica e inafastável de lei geral federal, que veda captação de água subterrânea para uso de núcleos residenciais, sem que haja prévia outorga e autorização ambiental do Poder Público.

¹⁵ Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, cuja matriz constitucional precípua são os arts. 21, XIX e 22, IV. Embora não seja escopo deste ensaio tratar da competência para legislar sobre “água”

¹⁶ EREsp 1335535 / RJ, 1ª Seção, DJe 03/09/2020.

Se não bastasse este convite à interpretação sistemática, e enveredando-se pelo não menos complexo tema da ‘desconsideração da personalidade jurídica’, temos que de há muito se considera que aco aplicação deste instituto, sob o pálio e com as contundentes consequências que lhe confere a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), atribui coloração especial às ‘regras gerais’ (sobre os limites da responsabilidade dos sócios) previstas, por exemplo, na Lei nº 6.404/1976. A este respeito, confira-se:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EXECUTADA PARA ALCANÇAR O PATRIMÔNIO DAS EMPRESAS SÓCIAS E DO SÓCIO CONTROLADOR. TEORIA MENOR. ART. 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EMPRESAS DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. PRETENSÃO RECURSAL. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO. CARACTERÍSTICAS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ NO TEMA. (...) 1. O acórdão recorrido manteve a sentença afirmando a aplicabilidade das normas protetivas do direito do consumidor, pela não incidência da teoria maior da personalidade jurídica, sendo irrelevante se tratar de sociedade anônima. (...)¹⁷

Portanto, podemos sustentar que, nos casos em que estivermos diante de relações jurídicas desenvolvidas sob a égide da Lei nº 11.445/2007 – isto é, de contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico -, a regra geral (prevista no Código Civil e/ou na Lei das S/A) sobre distribuição de lucros e dividendos entre sócios e acionistas sofrerá os influxos das regramento especial previsto naquela. Ou, em outras palavras: para além das limitações de direito (aos lucros e dividendos) previstas nas legislações básicas sobre este instituto, incidirão também aquelas previstas na Lei da PNSB (considerada especial em relaçäao àquelas quanto ao ponto), desde que seus pressupostos de incidência se façam presentes.

E, repita-se, não há qualquer inconstitucionalidade formal em casos tais, uma vez que cabe à União instituir as diretrizes gerais do saneamento básico em âmbito nacional,

¹⁷ AgInt no AgInt no AREsp 1811324 / DF, T4 - QUARTA TURMA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 19/08/2022.

sendo a previsão de uma sanção especial nos contratos respectivos uma matéria passível de ser qualificada enquanto tal.

Por fim, e no que tange a vedação prevista no inciso II do art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998 (*a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão*) – e que, ressalte-se, não propriamente tem a ver com constitucionalidade formal, mas que ora nos ocupamos neste subcapítulo apenas pela confluência de argumentos –, temos que esta igualmente não se aplica ao caso do §5º do art. 11 da Lei nº 11.445/2007.

Isso porque o dispositivo normativo de que ora nos ocupamos está vinculado por afinidade e pertinência não apenas com o *caput* do art. 11, como também com os demais enunciados normativos da lei.

Firme no propósito maior de garantir – por intermédio de mecanismos diretos e indiretos – a tão almejada universalização do saneamento básico, o legislador buscou reforçar a responsabilidade da sociedade empresária em casos tais, sobrelevando e recrudescendo a sua função socioambiental no desenvolvimento da relação contratual correlata. Logo, não apenas existe ‘afinidade’ (na perspectiva “lucro/dividendo” – sociedade empresária – contrato de prestação de serviço público de saneamento – metas e cronogramas orientados por direitos fundamentais - regras especiais sob a principiologia do direito público), como igualmente coexiste a ‘pertinência’ (vedação a distribuição de lucros e dividendos – sociedade empresária prestadora de serviço público de saneamento básico – inadimplemento – função socioambiental da empresa – supremacia do interesse público – mecanismo de sanção inibitório de descumprimento daqueles postulados).

2.2 Constitucionalidade material

Ao longo do presente item trataremos, ainda que de forma resumida, sobre a constitucionalidade material do preceito esculpido no §5º do art. 11 da Lei nº 11.445/2007. De plano, ressaltamos que, dadas as limitações do presente artigo, não pretendemos aprofundar questões como: (i) técnicas possíveis de tutela/controle da constitucionalidade dos atos normativos; (ii) critérios balizadores destas técnicas, notadamente no âmbito do denominado controle judicial repressivo de

constitucionalidade; e (iii) os limites jurídicos que acompanham a liberdade de conformação do Poder Legislativo para, sopesando bens e interesses, estabelecer direitos, interesses e restrições a partir de ponderações amparadas na pauta axiológica e normativa da Constituição.

Conquanto limitado em seu escopo, faremos ao menos uma abordagem orientada pela compreensão dos interesses em discussão (“em jogo”) na regra prevista no dispositivo em análise.

Consoante se depreende do preceito em análise, ao menos dois legítimos interesses são sopesados em seu enunciado normativo: de um lado - e a partir de uma interpretação a *contrario senso* -, o direito da sociedade empresária (prestadora do serviço público de saneamento básico) distribuir lucros e dividendos aos seus sócios/acionistas nas hipóteses em que, a par da aferição de resultados financeiros positivos (“superávit”) na exploração do serviço público, as “metas e os cronogramas estabelecidos no contrato específico” forem cumpridos. De outro lado, tem-se o interesse da sociedade/coletividade, tutelada pelo Poder Público, em obter resultados positivos no atingimento das metas e cronogramas tendentes ao alcance efetivo daquele que nos parece ser o maior objetivo da Lei nº 11.445/2007: a universalização do saneamento básico (em seus quatro componentes/serviços), direito este que, conquanto tenha autonomia em sua conformação, concretiza inúmeros outros (individuais, sociais e coletivos) de natureza jusfundamental, tais como a vida, a saúde, a segurança (v.g. hídrica e sanitária) e ao meio ambiente equilibrado.

Assim, a leitura atenta do dispositivo revela que o legislador, em sua liberdade de conformação, reconheceu e estabeleceu as seguintes “regras do jogo”: (1) é possível e legítimo às pessoas jurídicas (v.g. sociedades empresárias) prestadoras do serviço público de saneamento aferirem lucros e distribuírem dividendos a partir da execução dos respectivos contratos; (2) caso queiram se habilitar, concorrer e lograr êxito na prestação privada de um serviço público, saibam (“empresários”), de antemão, que o descumprimento das metas e cronogramas previstos nos contratos não será um inadimplemento contratual cujas consequências “ordinárias” serão apenas aquelas previstas na Lei nº 8.987/1995; caso isso ocorra, *ficará¹⁸* vedada a distribuição de lucros

¹⁸ E notem que o enunciado é imperativo neste sentido: “fica vedada”. Quisesse o legislador ser menos contundente, teria iniciado por “poderá ser vedada (...).” Esta imposição em detrimento da faculdade, porém, não significa que

e dividendos por parte da sociedade empresária, uma vez que, em se tratando de serviço de saneamento, a função socioambiental do contrato vai muito além da materialização dos princípios que orientam o ‘serviço público’ e outros direitos tradicionais – como o do consumidor -, alcançando também as raias de interesses públicos que são fundamentais para a promoção da saúde (individual e coletiva) e do equilíbrio ambiental (v.g. para a melhoria da qualidade ambiental dos corpos hídricos como rios, lagunas, lagoas e estuários).

Sobre cada um dos interesses em discussão, algumas notas adicionais se impõem, especialmente sobre os contextos mais prováveis de colidência (cujo resultado da ponderação, gize-se, já foi definido no relato abstrato da norma em prol da supremacia do interesse público) entre eles.

Considerando o quanto previsto no art. 10-B da Lei nº 11.445/2007, e, bem assim, nas disposições do Decreto nº 10.710/2021¹⁹, nos ocuparemos neste ensaio com a ‘espécie’ ou ‘tipo de sociedade’²⁰ que não desperta muitas dúvidas no que diz com capacidade (e viabilidade econômico-financeira) de enfrentar as complexidades e desafios atinentes aos serviços de saneamento básico.²¹ Trataremos, assim, das ‘sociedades anônimas’.

Segundo a doutrina especializada, a Lei nº 6.404/1976 oferece ao menos cinco linhas básicas de orientação: 1^a) proteção dos acionistas minoritários; 2^a) responsabilização do acionista controlador; 3^a) a da ampla diversificação dos instrumentos postos na lei, à disposição dos acionistas, para serem, eventualmente,

a sanção será desacompanhada de um processo em que, após o exercício do contraditório - bem como de análises técnicas acerca do cotejo entre “resultados/metas” -, se extrai com segurança e objetividade o descumprimento das metas/cronogramas. O que nos parece ser contrário à norma, no entanto, seria uma desconsideração da sanção (vedação de distribuição de lucros/dividendos) nos casos, por exemplo, em que uma meta de expansão de coleta e tratamento de esgoto em dado município fosse devidamente atestada (v.g. pela Agência Reguladora do serviço contratado) como descumprida à luz dos indicadores respectivos.

¹⁹ Regulamenta o art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, *para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, considerados os contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização previstas no caput do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007.*

²⁰ José Edvaldo Tavares Borba, após abordar a ‘classificação’ segundo a ‘atividade’ (sociedades simples e sociedade empresária), recorda que no campo da tipologia teríamos as seguintes: sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações. Direito Societário, Renovar, 2003, p.10.

²¹ No presente ensaio estamos nos ocupando, em especial, dos serviços de *abastecimento de água potável e esgotamento sanitário*.

adotados pela sociedade; 4^a) a distinção entre companhia aberta e fechada; 5^a) a definição dos interesses fundamentais que a sociedade anônima representa²².

Sobre a última das linhas consignadas acima, a doutrina²³, escorada principalmente na previsão consagrada no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 6.404/1976, enfatiza os seguintes aspectos: o de ser a sociedade anônima uma verdadeira instituição; e que esta instituição, *v.g.* por intermédio de seu acionista controlador, deve usar o seu poder para “fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social”. Ao menos três seriam os destinatários de um tríplice interesse que ela representa: os acionistas, os empregados e a comunidade. Assim, a sociedade anônima deixou de “ser um mero instrumento de produção de lucros para distribuição aos detentores do capital, para elevar-se à condição de instituição destinada a exercer o seu objeto para atender aos interesses de acionistas, empregado e comunidade”.

Se, guiada por esta regra de governança corporativa (especialmente reforçada com o aporte das práticas condizentes com a denominada pauta “ESG”), a sociedade anônima prestadora de serviço público de saneamento cumprir com as metas e cronogramas previstos no contrato respectivo por ela pactuado, teremos não apenas o atendimento da regra constante do parágrafo único do referido art. 116, como, igualmente, o atendimento de ‘princípios fundamentais’ que, a par de seu agrupamento específico ao longo dos incisos do art. 2º da Lei da PNSB, imantam diversos dispositivos da Lei da PNSB, dentre eles aqueles que versam sobre o conteúdo mínimo dos contratos e seu papel instrumental na consecução da universalização do saneamento.

Considerando que os três interesses previstos no § único do art. 116 “devem, por conseguinte, conviver equilibradamente no âmbito da sociedade”; e que “as decisões tomadas terão, necessariamente, que considerá-los, a fim de que nenhum deles seja sacrificado”²⁴, não há como se reputar a vedação acerca da distribuição de lucros e dividendos aos acionistas como uma providência incompatível com a própria *ratio* que inspira aquele dispositivo, notadamente nos casos em que a “comunidade” for preterida

²² Nesse sentido, BORBA, José Edvaldo Tavares. Direito Societário, 8^a ed., Renovar, 2003, p.133.

²³ BORBA, José Edvaldo Tavares. *Idem*, p. 134.

²⁴ BORBA, José Edvaldo Tavares. *Ibidem*, p. 134.

na satisfação dos legítimos interesses (v.g. de titularidade coletiva) que lhe são assegurados pela ordem jurídica, inclusive à nível constitucional.

Nessa ordem de ideias, e até mesmo considerando princípios morais e éticos, os casos de desequilíbrio (v.g. intencional) na relação “acionistas – empregados – comunidade” não receberão a chancela Estatal e poderão ensejar a deflagrarão de mecanismos sancionatórios. É bem verdade que não existe uma métrica objetiva e evidente do que venha a ser este “equilíbrio” desejável. Até mesmo porque inúmeras situações (inclusive não configuradoras de má-fé) concretas não exatamente equilibradas poderão ocorrer no âmbito da ordem econômica sujeita à livre iniciativa.²⁵ Se em alguns casos o desequilíbrio é de difícil censura (e.g. para fins de aplicação de institutos como a desconsideração da personalidade jurídica), em outros poderá ser evidente.²⁶

Porém, e o parágrafo 5º do art. 11 da Lei nº 11.445/2007 foi um passo importante neste sentido, determinados interesses sociais e difusos são de tal forma relevante que, independentemente da boa ou má-fé da pessoa jurídica no inadimplemento das obrigações correlatas, autorizariam que a distribuição de lucros e dividendos - um dos maiores e mais caros direitos resguardados pelo ordenamento jurídico em prol da sociedade empresária e de seus acionistas - cedesse espaço em prol daqueles mesmos interesses (sopesados pelo legislador enquanto prioritários).

Embora este não seja o espaço próprio para enveredar por institutos e conceitos como ‘balanço patrimonial’, ‘receitas bruta e líquida’, ‘lucro ou prejuízo líquido do exercício’, ‘reservas legais e estatutárias’ – questões versadas, por exemplo, nos arts. 186 à 194 da Lei das S.A -, não podemos deixar de trazer um conceito básico do que vêm a ser os ‘dividendos’. Em apertada síntese, os lucros distribuídos pelas sociedades anônimas a seus acionistas recebem o nome de dividendos. Os ‘dividendos’ não apenas são “frutos das ações”, como têm a sua distribuição (v.g. em dinheiro) condicionada à existência de lucros na sociedade.²⁷

²⁵ Assim, é possível que uma empresa tenha passivos trabalhistas sendo progressivamente honrados, dívidas fiscais em parcelamento, distribua lucros módicos e não prejudique a coletividade em searas como a proteção ao meio ambiente e ao consumidor.

²⁶ Pense-se, por exemplo, numa empresa que distribui lucros e dividendos tranquilamente enquanto seus passivos trabalhistas, consumeristas e ambientais permanecem estagnados ou até mesmo em trajetória ascendente).

²⁷ Apenas podendo ter essa destinação o ‘lucro líquido do exercício’, os ‘lucros acumulados’ (com as ressalvas do §6º do art. 202) e as ‘reservas de lucros’. A disciplina específica sobre os ‘dividendos’ encontra-se entre os artigos 201 à 205 da Lei das S.A.

Tamanha é a relevância deste direito que a jurisprudência, especialmente aquela extraída da Corte Superior de Justiça, tem enfatizado que constitui “*direito subjetivo do sócio haver para si parcela do lucro correspondente à sua participação societária (art. 109, I, da LSA)*”. O mesmo STJ, no que tange aos ‘dividendos obrigatórios’, tem relembrado que a Lei das Sociedades Anônimas prevê apenas duas situações em que é permitido o não pagamento do dividendo obrigatório ou seu pagamento em percentual menor do que o previsto. E estas situações seriam quando houver deliberação da assembleia geral sem a oposição de qualquer acionista presente ou quando os órgãos de administração informarem à assembleia geral que o dividendo obrigatório é incompatível com a situação econômica da companhia.²⁸

Assim, e conquanto seja um direito de elevada envergadura (até mesmo como corolário do direito fundamental à propriedade), se estivermos sob o plexo normativo da Lei nº 11.445/2007, limitações ao seu exercício poderão legitimamente incidir. E tal ocorre porque, no bojo da execução de um contrato de serviço público de saneamento básico, o legislador parece ter ponderado, dentre outras circunstâncias, as seguintes: (i) existência de uma presunção²⁹ de que este lucro/dividendo foi auferido em detrimento de obrigações (v.g. quanto às metas e cronogramas) previstas no contrato de saneamento, em moldes semelhantes a um enriquecimento ilícito; (ii) de que não é possível internalizar benefícios (“bônus”) num contexto de imposição de externalidades negativas (fruto do descumprimento da meta/cronograma contratual); (iii) na suposição de que este lucro/dividendo não distribuído em dado exercício poderá ser uma espécie de garantia (e.g. mínima) no atendimento das obrigações inadimplidas no ano-calendário seguinte àquele em que constatado o inadimplemento; e (iv) que a vedação de distribuição de lucros/dividendos poderá servir como um instrumento de coerção ao regular atendimento das metas/cronogramas estipulados no contrato, funcionando assim como uma espécie de “tutela preventiva” da efetividade do serviço público de saneamento básico.

Poder-se-ia dizer, açodadamente, que o interesse em contraposição ao direito dos acionistas não necessariamente ostentaria esta prevalência axiológica (e agora, também, normativa). Porém, esta objeção não encontraria eco na moderna concepção

²⁸ Nesse diapasão, vide STJ, REsp 1692803 / SP, 3^a Turma, Min. Ricardo V. Bôas Cueva, DJe 01/03/2021.

²⁹ E só a jurisprudência que se formará sobre o assunto apontará para os seus contornos (se absoluta ou relativa).

do que é, e para que se destina, o serviço público de saneamento básico. Embora inúmeras considerações e fundamentos pudessem ser trazidos a este respeito, abordaremos apenas alguns – sob a perspectiva da tutela dos recursos hídricos e dos direitos humanos e fundamentais.

2.3. Ainda sobre a constitucionalidade material: os serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário sob a perspectiva dos recursos hídricos e de sua instrumentalidade para a concretização de direitos humanos e fundamentais

No presente capítulo discorreremos, ainda que de forma sucinta, sobre a relevância e pertinência dos serviços públicos de saneamento (v.g. abastecimento e esgotamento sanitário) para a concretização dos direitos humanos e fundamentais.

De início, não se pode olvidar que a própria legislação de regência sinaliza para a correlação entre a políticas públicas nacionais de saneamento básico e de recursos hídricos, esta última disciplinada em seus principais aspectos no âmbito da Lei nº 9.433/1997. Assim que, dentre os ‘princípios fundamentais’ dos serviços públicos de saneamento, estão os seguintes: a articulação, dentre outras políticas, com aquelas de habitação, combate à pobreza e sua erradicação, *proteção ambiental, promoção da saúde, recursos hídricos* e outras de interesse social relevante, destinadas à *melhoria da qualidade de vida*, para as quais o saneamento básico seja fator determinante (art. 2º, VI); a integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos (art. 2º, XII).

Em complementação, e igualmente apontando para a relação entre ‘meio ambiente’, ‘recursos hídricos’ e ‘saneamento’, todavia sob o viés da integração de instrumentos de planejamento, informação e gestão, destacamos: o inciso VI do art. 9º, prevendo a articulação entre o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh); o parágrafo 2º do art. 44, que dita que a autoridade ambiental competente estabelecerá metas progressivas para que a qualidade dos efluentes de unidades de tratamento de esgotos sanitários atenda aos padrões das classes dos corpos hídricos em que forem lançados; a previsão (extremamente relevante) no sentido de que os *planos de saneamento básico* deverão ser compatíveis com os *planos das bacias hidrográficas* e

com planos diretores dos Municípios em que estiverem inseridos, ou com os planos de desenvolvimento urbano integrado das unidades regionais por eles abrangidas (§3º do art. 19)³⁰.

Ainda no âmbito das disposições legais, mas agora sob a perspectiva inversa – isto é, da política nacional de recursos hídricos (PNRH) para a política de saneamento –, recordamos que a Lei nº 9.433/1997 consagra dentre as ‘diretrizes gerais de ação’ (art. 4º) para a implementação da PNRH “a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental” (inciso III) e a “articulação do planejamento de recursos hídricos com a dos setores usuários³¹ e com os planejamentos regional, estadual e nacional” (inciso IV). Sem falar, ainda, na desafiadora³² e fundamental determinação plasmada no art. 31 da aludida lei, a ditar que, na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, “os Poderes Executivos do Distrito Federal e dos municípios promoverão a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federal e estaduais de recursos hídricos”.

Ao tratar da integração entre as políticas ora cotejadas, a doutrina tem observado, com razão, que, “ainda que existam instrumentos normativos distintos para tratar do meio ambiente, dos recursos hídricos e do saneamento básico, a garantia do direito ao meio ambiente equilibrado depende de uma aplicação integrada dessas leis”, bem como de uma “governança bem estabelecida entre seus atores”.³³

Na mesma toada, tem ela (doutrina) advertido que é impossível a aplicação estanque da lei de recursos hídricos e da lei de saneamento básico, já que os recursos hídricos são os “principais insumos” da “produção” dos serviços de saneamento básico e só serão garantidos no futuro com a conservação ambiental.³⁴ Conservação esta, acrescentaríamos nós, que passa indubitavelmente pela eliminação dos lançamentos de

³⁰ Ainda quanto ao PMSB, ressaltamos, por sua importância, uma das análises integrantes de seu conteúdo mínimo, previsto no inciso I do art. 19: “diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas.”

³¹ Recorde-se que, dentre os setores usuários de recursos hídricos, destacam-se as companhias de saneamento. Como, aliás, revela o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 11.445/2007.

³² Ante o caos observado em inúmeras cidades brasileiras apontando esta falta de integração entre as políticas de recursos hídricos, saneamento e uso de ocupação do solo.

³³ Nesse sentido, vide GRANZIERA, Maria Luiza Machado; e JEREZ, Daniela Malheiros. *O papel do saneamento básico na proteção dos recursos hídricos*. “Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil, Ed. Foco, 2021, p.3.

³⁴ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 11ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1229.

esgoto sem tratamento de dezenas de milhões de brasileiros nos corpos hídricos, muitos deles mananciais de abastecimento público.

Já em âmbito jurisprudencial, e adentrando mais especificamente na linguagem dos direitos humanos e fundamentais, observamos que os Tribunais têm destacado o acesso à “água” (seja em sua perspectiva “bruta” ou “tratada”, neste último caso levada a efeito por intermédio do serviço público de abastecimento) sob a seguinte ótica: “[...] *em razão de sua impescindibilidade, o acesso à água potável é direito humano fundamental, de conformação autônoma e judicializável*”.³⁵

E, para além desta acertada advertência - inclusive consentânea, na perspectiva internacional, com a Resolução nº ARES 64/292, de julho de 2010, da Organização das Nações Unidas -, o Poder Judiciário também tem enfatizado: “(...) *elemento essencial ‘da’ e ‘para’ a vida e pressuposto da saúde das pessoas, onde faltar água potável é impossível falar em dignidade humana plena*”. Acrescentando, ainda, que “*o direito à água compõe-se de núcleos duros de conteúdo, entre os quais se destacam a disponibilidade, a qualidade e a acessibilidade econômica*.³⁶”

Tenha-se em mente que não apenas o componente ‘abastecimento’ ostenta a natureza de direito humano e fundamental. Se considerarmos os quatro componentes do saneamento básico enquanto elementos do conceito mais abrangente de ‘saneamento ambiental’, acreditamos que todos eles ostentam as condições e os requisitos para serem reconhecidos como direitos humanos e fundamentais, principalmente, neste último caso (direitos fundamentais), se tivermos em mente a interpretação sistemática e teleológica dos artigos 1º, III; 5º, 6º, 196 e 225 da CRFB/1988.

Para além destas considerações teórico-normativas sobre a estatura jusfundamental dos direitos tutelados no íntimo da teleologia do §5º do art. 11 da LPNSB, relembramos alguns dados concretos que apontam para a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito deste mecanismo (limitação na distribuição dos lucros/dividendos) voltado a recrudescer a observância das metas previstas nos contratos de saneamento. E se não bastasse integrar (em escala maior)

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.697.168/MS*, 2ª Turma, Relator: Min. Herman Benjamin, 10 out. 2017.

³⁶ *Ibidem*

os instrumentos de planejamento (cf. inciso II do art. 19 da LPNSB), as metas também constam de outros mandamentos da lei que a erigem, em determinados casos, a condição de cláusulas essenciais dos contratos respectivos (cf. inciso I do art. 10-A da LPNSB).

Segundo dados disponíveis aos cidadãos³⁷, mais de 33 (trinta e três) milhões de brasileiros não possuem acesso a água potável – o equivalente a 15,9% parcela da população (SNIS 2020) -, 93.938.133 milhões de pessoas não contam com coleta de esgoto (SNIS 2020) e aproximadamente 167.513 internações totais por ano decorrem de doenças de veiculação hídrica (DATASUS/2020). Ou seja, a combinação “fato” e “enunciado normativo”, para fins de produção da norma, nos exorta a interpretar o referido §5º do art. 11 não apenas com seriedade, mas com o olhar firme na sua efetividade – seja sob a lógica dos princípios reitores da Administração Pública e dos serviços por ela delegados, seja sob o prisma do princípio da efetividade dos direitos fundamentais.

Não menos importante, e na esteira do conceito da “segurança hídrica” consagrado pela ONU em 2013³⁸, temos que o Plano Nacional de Segurança Hídrica (PNSH), em inúmeras passagens, reforça a importância do componente saneamento básico para o atingimento do seu objetivo precípua (“segurança hídrica” em seu aspecto qualiquantitativo). À guisa de exemplo, e ao tratar do ‘índice de segurança hídrica’ no Brasil, ressalta que “no caso das Regiões Metropolitanas, a baixa segurança hídrica é resultado das demandas expressivas dos grandes aglomerados urbanos, além da má qualidade das águas, poluídas principalmente por esgotos domésticos sem tratamento adequado”.³⁹

Destarte, verifica-se que os interesses contrapostos ao direito dos sócios/acionistas auferirem ‘dividendos’ não são de baixa estatura axiológica e normativa. Ao revés, são interesses que guardam íntima e direta correlação com direitos

³⁷ <https://www.painelsaneamento.org.br/localidade?id=0>, acesso em 03/11/2022.

³⁸ Eis, em tradução livre, o conceito preconizado pela ONU: “A capacidade de uma população de salvaguardar o acesso sustentável a quantidades adequadas de água de qualidade para garantir meios de sobrevivência, o bem estar humano, o desenvolvimento socioeconômico; para assegurar proteção contra poluição e desastres relacionados à água, e para preservação de ecossistemas em um clima de paz e estabilidade política”. Vide <https://www.unwater.org/publications/water-security-global-water-agenda/>

³⁹ Plano Nacional de Segurança Hídrica, p.35, disponível em <https://pnsh.ana.gov.br/home>.

humanos e fundamentais (co)relacionados à dignidade, saúde, segurança (v.g. sanitária, hídrica e alimentar) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3. Conclusão

À luz do quanto exposto neste artigo, verificamos que a novel introdução do §5º ao artigo 11 da Lei nº 11.445/2007, ao limitar a distribuição de lucros e dividendos aos acionistas nas hipóteses de descumprimento de metas e cronogramas constantes do contrato respectivo de saneamento básico, não se afigura inconstitucional seja sob a perspectiva formal ou material.

Sob o ângulo formal, cremos que o preceito em questão se amolda adequadamente aos esteio de competências reservado à União, quer se entenda a norma enquanto regra de direito comercial/empresarial (art. 22, I, CRFB/1988), quer se compreenda como diretriz geral da política nacional de saneamento básico (art. 21, XX, CRFB/1988).

Já sob a perspectiva material, a limitação à distribuição de dividendos - direito subjetivo de elevada importância e agasalhado expressamente pelo ordenamento jurídico -, nos casos em que verificados os seus pressupostos de incidência à luz da Lei nº 11.445/2007, constitui providência que se coaduna, ou melhor, prestigia os interesses contrapostos; interesses estes cujo legislador, no legítimo exercício do seu poder de conformação, entendeu por bem em ponderar com grau de primazia.

No embalo das inúmeras e grandes concessões embaladas nos últimos dois anos no Brasil, inclusive sob modalidades de prestação regionalizadas que visam conferir maior ganho de escala, certamente a regra do §5º do art. 11 da PNSB ganhará vasto e profundo interesse - por agentes públicos e privados - quanto aos seus campos de incidência (e.g. sociedades anônimas de capital aberto e/ou fechado; empresas públicas; etc), órgãos competentes para fins de fiscalização (e.g. em bases integradas, pelas agências reguladoras de saneamento, Ministério Público, Comissão de Valores Mobiliários, etc) e limites de aplicação.⁴⁰

⁴⁰ Dadas as limitações deste artigo, reflexões como o grau de importância de cada uma das metas passíveis de serem descumpridas não foram abordadas. Assim, e apenas para fins de provocação geral, poder-se-ia cogitar, por exemplo, se o descumprimento de toda e qualquer meta ou cronograma justificaria a vedação na distribuição de lucros e dividendos; ou se apenas aquelas de especial relevância, notadamente sob a perspectiva direta da universalização (“horizontal” ou “vertical”), autorizariam a incidência da limitação (“sanção”).

Seja como for, e uma coisa nos parece certa, a norma “veio para ficar”, e, até dado o atributo-princípio da presunção de constitucionalidade que lhe reveste, merece ser prestigiada em prol dos interesses jusfundamentais que visa tutelar.