



**CONCORRÊNCIA E SANEAMENTO: DISPUTAS A PARTIR
DO NOVO MARCO DO SANEAMENTO
COMPETITION AND SANITATION: DISPUTES FROM
THE NEW SANITATION FRAMEWORK
COMPETENCIA Y SANEAMIENTO: DISPUTAS DE
EL NUEVO MARCO DE SANEAMIENTO**

Gladson Pereira Américo Filho¹

Luiz Alberto G. S. Rocha²

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar de que maneira a concorrência pode ser aplicada ao contexto do saneamento. Para alcançar esse objetivo utiliza-se de pesquisa exploratória a partir de materiais já elaborados com relação ao tema especialmente livros e artigos científicos. Na primeira seção é feita uma contextualização do histórico recente do saneamento no Brasil, abrangendo o período de 2005 a 2020, com reflexão sobre os avanços e contradições percebidos. Em um segundo momento, a concorrência e o mecanismo de mercado são apresentados como critérios difundidos no Brasil devido à influência neoliberal. Investiga-se também a relevância assumida pela concorrência com a implementação do Novo Marco do Saneamento e sua esperada repercussão na eficiência econômica, mas principalmente na qualidade da prestação de serviços. São apresentadas as diferentes vertentes teóricas relacionadas aos objetivos do Direito da Concorrência e sua abertura para finalidades de ordem social, não estritamente econômicas, especialmente nas escolas de Harvard, Chicago e Neo-Brandesiana. Por fim, são indicados potenciais obstáculos para a inclusão da concorrência como critério prioritário na questão do saneamento, uma vez que as próprias teorias que buscam fundamentá-lo e conferir-lhe extensão divergem quanto à sua capacidade de alcançar objetivos de ordem pública que não se relacionem estritamente com grandezas

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento da Amazônia (PPGDDA) da Universidade Federal do Pará. Advogado. americogladson@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-6629-3962>.

² Professor Associado da Faculdade de Direito e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento da Amazônia (PPGDDA), ambos da Universidade Federal do Pará. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Advogado. larochoa@ufpa.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1699-310X>

econômicas pensadas de forma objetiva. Destaca-se a consideração de critérios de maneira individual na lógica do saneamento como elemento de risco que pode resultar em consequências imediatas para aqueles que dependem da prestação do serviço.

Palavras-chave: Concorrência. Saneamento. Escola de Harvard. Escola de Chicago. Escola Neo-Brandesiana.

SUMMARY

This article aims to analyze how competition can be applied to the sanitation context. To achieve this objective, exploratory research is used based on materials already prepared in relation to the topic, especially books and scientific articles. The first section provides a contextualization of the recent history of sanitation in Brazil, covering the period from 2005 to 2020, with reflection on the perceived advances and contradictions. In a second moment, competition and the market mechanism are presented as criteria widespread in Brazil due to neoliberal influence. The relevance assumed by competition with the implementation of the New Sanitation Framework and its expected repercussion on economic efficiency, but mainly on the quality of service provision, is also investigated. The different theoretical aspects related to the objectives of Competition Law and its opening for social purposes, not strictly economic, are presented, especially in the Harvard, Chicago and Neo-Brandesiana schools. Finally, potential obstacles to the inclusion of competition as a priority criterion in the issue of sanitation are indicated, since the very theories that seek to substantiate it and give it extension differ in terms of their ability to achieve public order objectives that are not strictly relate to economic quantities thought of objectively. The consideration of criteria individually in the logic of sanitation stands out as an element of risk that can result in immediate consequences for those who depend on the provision of the service.

Keywords: Competition. Sanitation. Harvard School. Chicago School. Neo-Brandesian School.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar cómo se puede aplicar la competencia al contexto del saneamiento. Para lograr este objetivo se utiliza la investigación exploratoria basada en materiales ya elaborados en relación al tema, especialmente libros y artículos científicos. La primera sección ofrece una contextualización de la historia reciente del saneamiento en Brasil, abarcando el período de 2005 a 2020, con una reflexión sobre los avances y contradicciones percibidos. En un segundo momento, la competencia y el mecanismo del mercado se presentan como criterios generalizados en Brasil debido a la influencia neoliberal. También se investiga la relevancia que asume la competencia con la implementación del Nuevo Marco Sanitario y su esperada repercusión en la eficiencia económica, pero principalmente en la calidad de la prestación del servicio. Se presentan los diferentes aspectos teóricos relacionados con los objetivos del Derecho de la Competencia y su apertura a fines sociales, no estrictamente económicos, especialmente en las escuelas de Harvard, Chicago y Neobrandesiana. Finalmente, se señalan potenciales obstáculos para la inclusión de la competencia como criterio prioritario en materia de saneamiento, ya que las propias teorías que buscan fundamentarla y darle extensión difieren en cuanto a su capacidad para alcanzar objetivos de orden público que no están estrictamente relacionados. a cantidades



económicas pensadas objetivamente. La consideración de criterios de forma individual en la lógica del saneamiento se destaca como un elemento de riesgo que puede resultar en consecuencias inmediatas para quienes dependen de la prestación del servicio.

Palabras clave: Competencia. Saneamiento. Escuela de Harvard. Escuela de Chicago. Escuela Neobrandesiana.

INTRODUÇÃO

O saneamento básico é um elemento essencial para a qualidade de vida e a saúde pública. No Brasil, a trajetória do saneamento é uma história de desafios e avanços, que se desenrola paralelamente ao desenvolvimento urbano e ao crescimento populacional. Este estudo busca responder a seguinte pergunta: de que maneira a concorrência pode ser aplicada ao contexto do saneamento?

Para alcançar o objetivo proposto, a estrutura do trabalho contempla, primeiramente, a retomada da história recente do saneamento, marcada por uma diversidade de abordagens e influências. Este estudo busca explorar como essas diferentes abordagens e influências moldaram a história do saneamento no Brasil e, em particular, como a concorrência desempenhou um papel nesse processo.

A segunda seção trata de como a concorrência e o mecanismo de mercado passaram a figurar como possíveis respostas durante crises estruturais em países em desenvolvimento, na lógica neoliberal, que prestigia a arena da concorrência no debate público, em nível macro e microeconômico.

A terceira seção evidencia o tratamento dado a concorrência, especialmente a partir do Novo Marco do Saneamento, em 2020, última alteração substancial no regime jurídico e regramento do saneamento básico, que avançou na tendência de absorção do debate público por uma visão de mercado ao priorizar a realização de licitações para a concessão do serviços público de saneamento, em prejuízo de modelos anteriores que conferiam maior liberdade para a contratação de estatais de saneamento.

Investigam-se os traços gerais das principais escolas que discutem o Direito da Concorrência, sendo estas a Escola de Harvard, a Escola de Chicago e a Neo-Brandesiana, assim como a inserção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nesse espectro teórico,

refletindo uma falta de unanimidade sobre sua natureza e capacidade de integração com objetivos diversos a estrita eficiência econômica, concluindo-se pela sua insuficiência de uma justificativa concorrencial para alterações que pretendem realizar objetivos públicos como o da universalização do acesso ao saneamento, sem prejuízo da consideração prática de eventuais benefícios dessa disputa, que não deve, no entanto, ser levado às últimas consequências como um fim em si mesmo.

Por fim, a consideração da concorrência em uma visão unívoca é apresentada como risco quando diante de uma matéria como o saneamento, na qual a adoção de uma ideia específica repercute e impacta diretamente na realidade concreta da sociedade.

A metodologia empregada consiste na realização de pesquisa exploratória, a partir de materiais já elaborados com relação ao tema, especialmente livros e artigos científicos.

1. HISTÓRICO DO SANEAMENTO NO BRASIL

O tratamento dado ao saneamento e aos recursos hídricos evoluiu ao longo da história do Brasil, em paralelo com o processo de urbanização e crescimento da população nas cidades. Essa evolução está intimamente ligada a influências internacionais, que abrangem desde teorias higienistas até modelos tecnológicos e sistemas de financiamento. Esses fatores históricos e internacionais desempenharam, e ainda desempenham, papel significativo na modelagem das políticas públicas e práticas relacionadas ao saneamento e aos recursos hídricos no país. (Murtha; Castro; Heller, 2015, p. 205).

Essa diversidade de posições aproximou a temática, desde a origem, a um contexto multidisciplinar, com estudos relevantes que discutem a sua construção sob prismas distintos, como o jurídico, o histórico, o sociológico, o da saúde, entre outros. Na presente pesquisa, o histórico apresentado guarda especial relação com os passos dados, na perspectiva do saneamento, medidos e monitorados por autoridades internacionais e locais em um contexto recente, que dialoga de maneira mais efetiva com o problema proposto.

O saneamento no Brasil entre 2005 e 2020 passou por uma série de mudanças significativas, conforme dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) do Ministério do Desenvolvimento Regional. Durante esse período, houve um esforço considerável para melhorar o acesso ao saneamento básico em todo o país. Em 2005, 81,7% da população

tinha acesso a água potável em suas residências. Em 2020, esse número aumentou para 84,1%, indicando um crescimento que superou ligeiramente a expansão demográfica do país. O número de pessoas atendidas com abastecimento de água passou de 138,4 milhões em 2005 para 175,4 milhões em 2020, um crescimento anual de 1,6% (Brasil, 2022, p. 13).

A coleta de esgoto também viu melhorias significativas durante esse período. Em 2005, apenas 39,5% da população tinha acesso a esse serviço. Em 2020, esse número aumentou para 55,0%. O número de pessoas vivendo em residências com coleta de esgoto saltou de 66,9 milhões em 2005 para 114,6 milhões em 2020, um crescimento anual de 3,7% (Brasil, 2022, p. 13 – 14).

Fonte: Brasil, 2022, p. 14.

A infraestrutura de saneamento também viu um crescimento substancial. Em 2005, a rede de distribuição de água tinha 409,2 mil quilômetros. Em 2020, essa extensão aumentou para 728 mil quilômetros, um crescimento anual de 3,9%. A rede de coleta de esgoto também viu um aumento significativo, passando de 158,4 mil quilômetros em 2005 para 362,4 mil quilômetros em 2020, um crescimento anual de 5,7% (Brasil, 2022, p. 14).

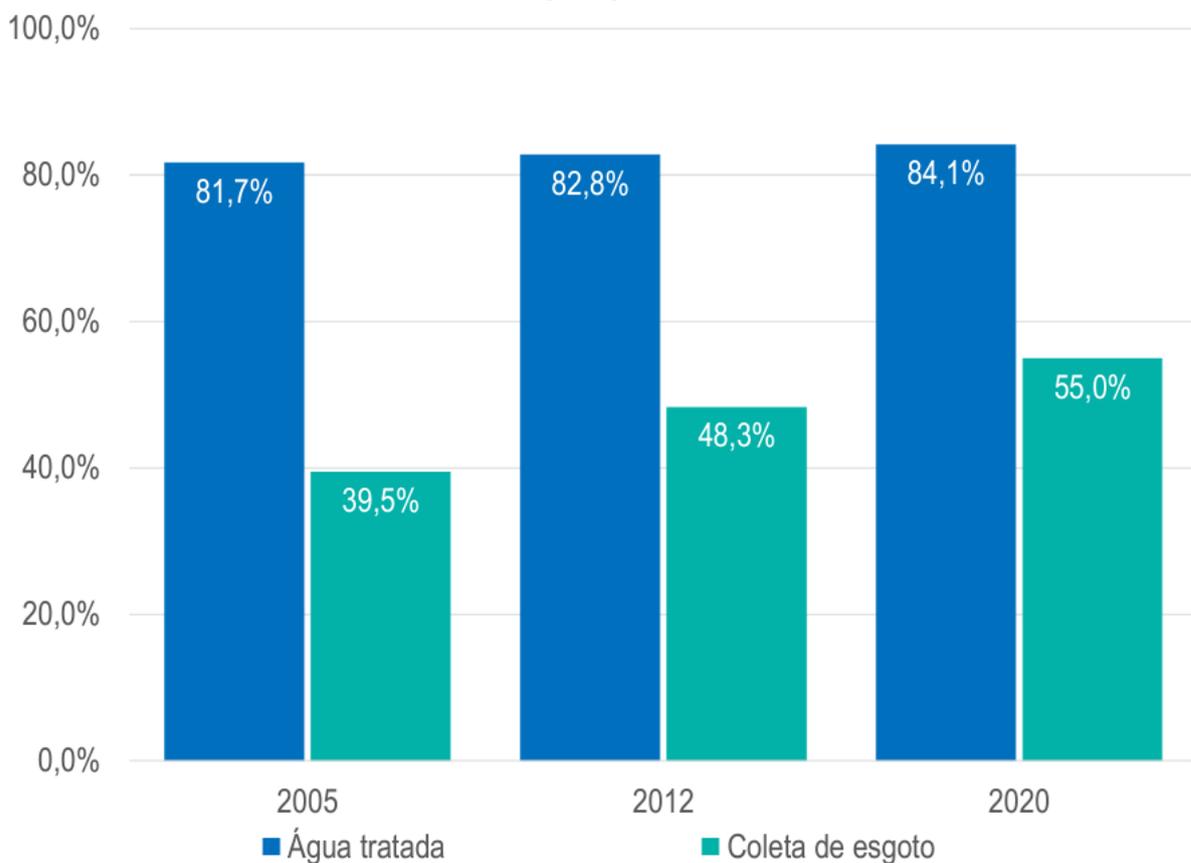
Apesar desses avanços, ainda havia um déficit significativo em 2020. Segundo os dados do SNIS, 33,1 milhões de brasileiros ainda não tinham acesso a água tratada em suas residências, o que correspondia a 15,9% da população do país. A situação era melhor na região Sudeste, onde apenas 8,7% da população não tinha acesso a água potável. No entanto, na região Norte, a situação era pior que a média nacional, com 41,1% da população sem acesso a água tratada (Brasil, 2022, p. 14 – 15).

Tais avanços em valor absoluto não afastam, no entanto, a emergência e a percepção de diferenças regionais no acesso ao saneamento. O endereçamento desse desafio, tendente ao objetivo fim de promoção de um acesso universal ao saneamento, é pauta de debates, tendo sido privilegiada, em um contexto recente, a concorrência como uma diretriz que deve pautar as políticas públicas e a atividade privada em torno do saneamento.

2. A CONCORRÊNCIA COMO RESPOSTA AOS DESAFIOS DOS PAÍSES SUBDESENVOLVIDOS

A compreensão da inclusão da concorrência como parâmetro relevante na discussão do saneamento se encontra relacionada a um contexto mais amplo de ascensão do neoliberalismo que, a despeito da pluralidade de definições, na perspectiva estrutural marxista pode ser entendido como “estratégia política que visa reforçar uma hegemonia de classe [...], marcando o novo estágio do capitalismo que surgiu na esteira da crise estrutural da década de 1970” (Andrade, 2018, p. 221).

População atendida por serviços de água e esgoto, Brasil, (%) da população total



Tal estratégia, pautada na maximização de um ideal de eficiência de mercado, tem na concorrência um aspecto central, já que é na arena da concorrência em que se dará a relação entre as pessoas, os entes privados e o Estado. No caso brasileiro, a agenda neoliberal ganhou apoio como solução do endividamento externo e à hiperinflação, ao longo da década de 90, momento de adaptação ainda ao fenômeno da globalização (Andrade; Côrtes; Alameida, 2021, p. 13).

O direito privado assume prioridade, com o esvaziamento das estruturas do direito público (Verbicaro, 2021, p. 42), abrindo espaço para o compartilhamento de atribuições que antes eram exercidas de maneira exclusiva pelas autoridades públicas, culminando, a partir dos anos 2000, na estruturação de pautas privadas, diretamente voltadas a realização de objetivos públicos, como a Responsabilidade Social Empresarial e a Pauta ASG (ambiental, social e de governança), disseminadas de forma integrada a partir de 2004, quando a iniciativa Pacto Global da ONU, com a colaboração do Banco Mundial, cunhou a sigla ASG, como a conjunção de fatores a serem considerados e impactados positivamente, inicialmente pelas principais instituições financeiras do mundo (Pacto Global, 2021, p. 6).

Os mecanismos de mercado, a prosperidade empresarial e a sua realização potencializada por uma estrutura concorrencial eficiente passam a representar fator determinante na perspectiva macro, para o bom desempenho econômico nacional, sem o qual não se alcançam objetivos de ordem pública, mas também em nível micro, já que a lógica concorrencial estará presente nas relações entre os indivíduos, que estarão submetidos a uma dinâmica de concorrencialismo social para realizar a sua própria sobrevivência em face da escassez de recursos (Queiroz, 2018, p. 54 – 55).

A concorrência assume, nesse contexto, a condição de valor epistemológico, na medida em que a pretensa igualdade de condições justifica a sua consideração prioritária e apriorística. As repercussões desse cenário, aplicadas ao contexto do saneamento, implicam em uma forte atuação estatal, ao contrário da intuição de diminuição do seu escopo de atuação, para assegurar a coexistência de agentes econômicos de diferentes portes e interesses, muitas vezes contrapostos (Mariutti, 2019, p. 18).

O debate regulatório é idealizado enquanto um sistema de solução de controvérsias que, sob o parâmetro concorrencial, não costuma considerar essas diferenças e reforça o pressuposto de igualdade, encobrindo a desproporção econômica dos grandes fundos de investimentos, inclusive fundos soberanos, que apoiam o financiamento dos grandes grupos empresariais do setor de infraestrutura.

3. A CONCORRÊNCIA NO NOVO MARCO DO SANEAMENTO

O Novo Marco Legal do Saneamento, promovido pela Lei nº 14.026/2020, foi pautado como um esforço no sentido de ampliar a participação do setor privado para o setor, com o

fundamento principal de captação dos investimentos necessários para alcançar a universalização do saneamento, assim como o aumento da competitividade e da eficiência, traços comumente relacionados a um perfil empresarial, pautado em práticas de governança e na prioridade da alocação de riscos pelos particulares (Silva, 2022, p. 43).

A partir das atualizações do marco, alterações significativas foram feitas, à exemplo da centralização da regulação na Agência Nacional de Águas, que passou a ter em suas competências o Saneamento Básico, e a exigência de licitação pública para a celebração de contrato de concessão para prestação dos serviços públicos de saneamento que, em muitas ocasiões, vinha sendo realizada, via contrato de programa³, pelas companhias estaduais, como vemos:

Quando da sanção, no entanto, para surpresa de muitos, o Presidente Jair Bolsonaro vetou, entre outros dispositivos, o artigo que garantia sobrevida aos contratos de programa Assim, o texto sancionado, que originou a Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020, em vigor desde sua publicação, não só manteve a proibição da celebração de novos contratos de programa, como retirou a possibilidade de formalização de contratos de fato e da renovação dos contratos em vigor. Finalmente, em 17 de março de 2021, os vetos presidenciais ao texto foram apreciados e mantidos pelo Congresso, conforme o art. 66 da Constituição Federal. A votação do veto vinha sendo adiada desde o mês de julho de 2020, e o veto à prorrogação dos contratos de programa vigentes foi frequentemente noticiado como um ponto relevante nas negociações entre os Poderes Executivo e Legislativo no período (VALÉRIO et al, 2021, p. 381 – 382).

Esse movimento, tendente a abertura do mercado para grupos empresariais quando a administração não presta o serviço de forma direta, coloca as empresas privadas em paridade com as companhias estaduais para concorrência em licitações. A expectativa conferida a esse passo é que diante de um novo cenário, em que a produtividade e a concorrência⁴ estarão contempladas, que ocorram avanços correspondentes na qualidade da prestação de serviços.

³ O Contrato de Programa era o modelo de prestação de serviço vigente até a Lei n. 14.026/20. Tinha base normativa no art. 241 da Constituição Federal e regulamentado pela Lei Federal n. 11.107/07 (legislação alterada justamente para vedar a a formalização de novos contratos de programa para serviços públicos de saneamento básico, no § 8º do art. 13 da Lei). Era o instrumento contratual que permitia que os Municípios transferissem, normalmente, aos Estados, por meio da Companhia Estadual de Saneamento Básico (CESB), a prestação do serviços de saneamento público. Tendo havido predominância do Contrato de Programa no saneamento básico brasileiro, ele permitia que as CESB mantivessem tarifa única para todos os usuários por meio do mecanismo de subsídio cruzado entre áreas deficitárias e superavitárias.

⁴ Um aspecto interessante da concorrência no setor de saneamento básico, no entanto, é que ela acontece quando muito até o momento do processo licitatório. Como se trata de monopólio natural, depois da assinatura do contrato pelo vencedor, contrato esse normalmente de 30 anos de vigência, a concorrência

A partir do novo marco temos ainda que a ANA possui a competência de estimular a livre concorrência, a competitividade e a eficiência/sustentabilidade econômica na prestação de serviços, inclusive atuando de maneira proativa para prevenir e reprimir o abuso do poder econômico.

Todavia, apesar da aparente uniformidade dos benefícios da realização de licitações e atendimento ao critério de concorrência, se impõe o problema da divergência acerca da capacidade da concorrência de responder a problemas de ordem diversa, como o acesso ao saneamento, existindo uma pluralidade de visões acerca desse ponto, materializadas nas diferentes escolas que conceituam e propõem os parâmetros de aplicação da concorrência, e a sua prioridade ou não em face de outros critérios.

4. DISPUTAS SOBRE O CONTEÚDO E PRIORIDADE DA CONCORRÊNCIA EM RELAÇÃO A OUTROS FATORES DE ANÁLISE

O início do Direito da Concorrência, na experiência internacional, é comumente atribuído à edição do Sherman Act, em 1890, nos Estados Unidos, momento em que a organização e expansão da atividade empresarial culminou na constatação da existência do poder econômico, exercido por particulares que conseguiam modificar as condições do mercado, de maneira unilateral, com relativa independência (Frazão, 2017, p. 31). No início da sua aplicação, até 1929, com a crise de ordem mundial, a aplicação do Sherman Act era limitada a uma perspectiva estritamente jurídica e liberal, o que viabilizou o aumento da concentração de mercados no período (Ferraz, 2014, p. 188).

A partir desse contexto, diferentes escolas foram formadas, com visões distintas acerca da finalidade do que viria a se tornar o Direito da Concorrência, repercutindo em diferenças no grau de intervenção estatal pretendido e na forma de controle e repressão ao exercício do poder de mercado para frustrar a concorrência. Essas divergências representam ainda maior ou menor grau de aderência da ideia de concorrência ao alcance de objetivos de ordem diversa e de

desaparece. E mais, sendo o consumidor cativo (ou seja, não havendo a possibilidade de escolha de outro prestador do serviço de saneamento básico), pode-se afirmar que, uma vez definido o concessionário, a concorrência deixa de existir tanto pelo lado do prestador quanto do consumidor.



natureza coletiva, não só para a liberdade e livre iniciativa, mas também para a defesa da dignidade do trabalho, a proteção ambiental e o acesso universal ao saneamento.

As escolas que se firmaram com destaque e que permanecem como paradigmas em disputa para as políticas de defesa da concorrência são três: a de Harvard, a de Chicago e a Neo-Brandesiana.

4.1 ESCOLAS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

4.1.1 Escola de Harvard

Em reação ao contexto prévio de aumento da concentração de mercados, aliado ao cenário da crise de 1929, a Escola de Harvard começou a ser construída em meados dos anos 1930, com seu enfoque recaindo em um indicador específico: a concentração do poder econômico, que passou a ser o foco da perspectiva concorrencial.

Também conhecida como Escola Estruturalista, interpretava a realidade a partir do fluxo Estrutura-Condução-Desempenho, sendo a primeira relacionada a formatação e distribuição dos concorrentes em determinado mercado, fator determinante para a conduta de cada um deles, chegando, por fim, em determinado patamar de desempenho, compreendido enquanto:

Alocação eficiente dos recursos, atendimento das demandas dos consumidores, progresso técnico, contribuição para a viabilização do pleno emprego dos recursos, contribuição para uma distribuição equitativa da renda, grau de restrição monopolística da produção e margens de lucro (Ferraz, 2014, p. 189).

Em função da centralidade da estrutura, determinante para a conduta e para o desempenho, a participação das empresas em um mercado relevante passou a ser efetivamente calculada e reunida em índices, voltados a identificação de monopólios⁵ e oligopólios, vistos como problemáticos. O direito da concorrência, com o objetivo de distribuição de riqueza na sociedade, passaria a estar dedicado a proteção de pequenos concorrentes, já que a pluralidade de agentes atuando seria a principal garantia do regular funcionamento dos mercados.

⁵ Como referido anteriormente, o saneamento é, na área geográfica da concessão, um monopólio natural. Há modelagens de prestação partilhada entre o poder público e o particular (Parceria Público-Privada) em que se pode dividir as fases da operação de saneamento (captação, tratamento e distribuição de água, coleta, tratamento e disposição final de esgoto) permitindo que o parceiro privado opere uma ou mais fases. Mas mesmo nesses modelos cada fase é operada exclusivamente pela operadora privada.

No escopo da presente pesquisa, vale destacar a extensão conferida pelos intérpretes na aplicação da legislação concorrencial durante o período de prevalência da Escola de Harvard. A partir do levantamento feito por Jasper (2019, p. 173-174), constata-se a existência de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos que conferiam caráter multidimensional ao Direito da Concorrência, que na sua aplicação pretendia proteger o mercado de altos graus de concentração, por razões que não se encerravam na perspectiva econômica.

Foram declarados expressamente os interesses de prevenção a concentração do mercado para preservar a organização das indústrias em pequenas unidades, proteger a liberdade de vender bens, proteger o público de falhas do mercado, preservar a liberdade das empresas, proibir práticas que impeçam acesso de empresas ao mercado, assegurar igualdade de oportunidades, isto é, objetivos que não são restritos a um fator econômico único – elemento que representa a principal diferença entre a Escola de Harvard e a de Chicago.

4.1.2 Escola de Chicago

Também relacionada ao momento histórico da sua origem, a Escola de Chicago teve sua origem em contexto distinto ao da Escola de Harvard: nas décadas de 1960 e 1970, momento de maior dinamismo na economia internacional, recaindo o enfoque da Escola de Chicago sobre a eficiência, medida pelo bem-estar do consumidor, e não sobre a estrutura e o grau de concentração dos mercados:

Os professores de Chicago minam a base teórica da Escola de Harvard, pois propõem que não era papel do Estado manter uma estrutura de mercado plural, mas sim incentivar as empresas a serem eficientes e procurarem sempre maximizar o bem-estar do consumidor, independentemente da estrutura do mercado: oligopólio, monopólio ou mercado perfeitamente competitivo. O foco principal deste pensamento, portanto, era a eficiência econômica que conduzia ao bem-estar do consumidor. Ao buscar o bem-estar do consumidor, a lei antitruste não precisaria procurar nenhum outro objetivo (Linhares; Ros, 2022, p. 15).

Com foco na eficiência, voltada para maximizar a utilidade percebida pelos consumidores, o Direito da Concorrência encontra um novo objetivo, no qual as condições de mercado, inclusive o seu grau de concentração é relativizado, sendo este apenas um dos pontos que devem ser considerados na análise concorrencial.

Em razão da vinculação da Escola de Chicago a teoria neoclássica dos preços, a oferta e demanda apresentada serviria de guia confiável para garantir a manutenção da competitividade dos mercados, restando ao Estado e ao Direito da Concorrência uma função residual, já que a autorregulação assume preponderância, o que por vezes é apontado como um tratamento extremamente benevolente para as empresas, tanto para aprovação de atos de concentração como para o controle de condutas (Linhares; Ros, 2022, p. 14)

A Escola de Chicago alcançou grande influência nos Estados Unidos e a metodologia econômica, pautada na eficiência em relação ao bem-estar⁶ total alcançado pelo consumidor, em alternativa a uma análise exclusivamente jurídica e multidimensional alcançou o patamar de mainstream no Direito da Concorrência, com influências também no Brasil. A finalidade do Direito da Concorrência, nesse contexto, se limita a promoção do bem-estar total e da eficiência econômica, sem abertura para pautas sociais que passaram a ser entendidas como populistas, sujeitas ao influxo político, viciando a análise concorrencial, que, nos moldes pretendidos pela Escola de Harvard, careceria de objetividade e segurança na aplicação.

4.1.3 Escola Neo-Brandesiana

Em reação às décadas de difusão das ideias da Escola de Chicago, surgiram diversas críticas, retomando a discussão sobre a finalidade do Direito da Concorrência. Esse processo foi acelerado pelo desafio imposto pelas big-techs, que assumiram protagonismo na economia mundial, expondo a limitação à eficiência e a um conceito de bem-estar do consumidor limitado a perspectiva econômica.

Para Salomão Filho (2009, p. 17), desde o início da dominância do pensamento neoclássico, as reflexões sobre o Direito da Concorrência perderam densidade teórica, uma vez que a análise da eficiência não se mostra apta a explicar e justificar a abordagem concorrencial de fenômenos complexos e em transformação, que testam a capacidade dos modelos teóricos que explicam a realidade econômica.

⁶ Bem-estar enquanto parâmetro de pressuposição de atendimento das necessidades de consumo por meio da verificação da oferta econômica suficiente de bens.

Propõe o autor, especialmente para a conformação das teorias concorrenciais para países subdesenvolvidos, que as construções técnicas feitas pela escola de Chicago devem ser levadas em conta, porém em caráter secundário, já que a estrutura dos mercados seguiria sendo importante elemento, sem a qual o Direito da Concorrência não se sustentaria diante de problemas contextuais de diferentes ordens.

Essa necessidade gera reações divergentes. Para Shapiro (2018, p. 26), preocupações de ordem política ou voltadas para a realização de políticas públicas de diminuição de desigualdade de renda, geração de empregos e demais itens de preocupação social devem ser endereçados em outros âmbitos mais adequados do que a análise concorrencial, que deve seguir restrita a elementos econômicos, que podem ser adaptados, quando necessário, para as características da economia atual.

No entanto, em caráter reformador, a Escola Neo-Brandesiana também pauta a discussão sobre os objetivos do Direito da Concorrência. A proposta dessa vertente gira em torno de retomada do sentido de defesa da concorrência anterior ao paradigma de Chicago, com uma análise que se propõe holística, levando em conta os danos causados pela concentração dos mercados, que alcançam trabalhadores, outras empresas e consumidores – todos afetados em longo prazo, de maneiras que não podem ser percebidas na análise de curto prazo do preço e do bem-estar dos consumidores (Jasper, 2019, p. 177).

A proposta de alteração substancial do paradigma da concorrência é chamada por Linhares e Ros como crise de meia idade dos objetivos do Direito da Concorrência, um dos debates mais importantes em nível internacional (2022, p. 17).

5. A POSIÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM FACE DA DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 12.529/2011, são enumerados objetivos de diferentes naturezas para a Ordem Econômica e a Defesa da Concorrência. O debate internacional, entre a opção do objetivo de distribuição de riquezas e evitar a concentração dos mercados, a busca por uma eficiência econômica e a análise ampla dos efeitos de práticas concorrenciais em aspectos sociais e políticos poderia ser endereçado de maneira qualitativa no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), diante da opção constitucional e legal já realizada.

É na análise conjunta dos fundamentos da Ordem Econômica (valorização do trabalho humano e a livre iniciativa) e seus princípios (soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte), inicialmente contraditórios, ganham unidade no Estado Democrático de Direito que “traz em si uma unidade de sentido que permeia toda a Constituição e orienta a compreensão dos demais princípios: a dignidade da pessoa humana” (Frazão, 2017, p. 47), repercutindo em um Direito da Concorrência que não serve como mera ferramenta para a eficiência econômica, devendo ser utilizado em consonância com os demais princípios da Ordem Econômica.

Apesar da existência desse arcabouço, o tema dos objetivos do Direito da Concorrência não é enfrentado de maneira substancial pelo SBDC, conforme levantamento feito por Jasper:

A LDC e as demais fontes do direito concorrencial brasileiro não tratam expressamente sobre a finalidade primordial desse ramo do direito no país. Os precedentes do CADE também não apresentam à sociedade indicação expressa sobre o objetivo ou conjunto de objetivos do antitruste no Brasil. Apesar de prematuro, é possível afirmar que o bem-estar do consumidor (entendido como excedente do consumidor) e a eficiência econômica (apenas se for possível a junção nessa categoria das expressões proteção da concorrência, proteção dos mercados, eficiência e bem-estar econômico) seriam os principais objetivos, aproximando o Brasil mais do direito europeu do que do direito norte-americano (2019, p. 188 – 189).

Mesmo com a indicação constitucional de finalidades sociais e de política pública para a Ordem Econômica, os precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica se concentram em elementos identificados à Escola de Chicago, sem aproveitar a oportunidade de contextualizar a crise de objetivos do Direito da Concorrência no ordenamento jurídico brasileiro, com opções constitucionais e legais já definidas no sentido de que a concorrência deve ser praticada em acordo com objetivos de diferentes ordens, exemplificadas pela valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, mas também pela livre concorrência enquanto igualdade de condições de participação no mercado.

Essa dubiedade é evidenciada também no Novo Marco do Saneamento, que inclui na pauta da regulação da ANA uma atuação residual, porém presente, na prevenção ao abuso do poder econômico e no incentivo à livre concorrência.

Ocorre, não obstante, que até o fechamento deste artigo, a regulamentação da ANA no saneamento ainda é insipiente e não tem, enquanto representação do Estado regulador, sido capaz de equilibrar as disputas de mercado por novas áreas de concessão que surgem a todo tempo nos Municípios brasileiros com os assinalados princípios da Ordem Econômica.

As licitações já realizadas nestes três anos da nova Lei, que tantas vezes adotam o critério de escolha o vencedor pela maior outorga ofertada, ainda se configuram como promessas de grandes investimentos para transformação do setor ao mesmo tempo que indicam uma forte tendência de aumento de tarifas e fecham completamente os olhos para o saneamento rural.

6. RISCOS DA CONSIDERAÇÃO DA CONCORRÊNCIA EM SENTIDO UNÍVOCO

Sem prejuízo da apuração em concreto de vantagens em razão do novo modelo previsto pelo Marco do Saneamento, a compreensão da concorrência enquanto discurso unívoco, que comporta só um sentido ou visão pode ser prejudicial, sobretudo quando adotadas visões restritivas, preocupadas exclusivamente com aspectos de ordem de eficiência econômica, especialmente quando diante de uma realidade que afeta diariamente a saúde e o bem-estar de parcela representativa da sociedade brasileira.

Em caminho paralelo ao da presente discussão, ao tratar do modelo de regionalização preconizado pelo Novo Marco do Saneamento, nos informa Silva, Feitosa e Soares:

Medida imposta pela Lei nº 14.026/20 (Brasil, 2020) não pode estar ao serviço, quase exclusivo, de uma mudança na correlação de forças econômicas públicas e privadas no setor de saneamento, agora visto como setor de negócios. Da forma como o diploma legal federal trata o assunto, impondo aos estados a regionalização por intermédio de suas assembleias legislativas, sob pena de execução de cima para baixo de um modelo inconstitucional de intervenção entre os entes federativos, saltam aos olhos os múltiplos problemas do modelo. Como dito, a Lei ultrapassou os limites de atuação ao se sobrepôr à norma constitucional, além de atropelar etapas, ao exigir de outros entes federativos medidas que demandam a tomada de posição de instâncias anteriores, como a estruturação da ANA. Esse conjunto de fatores prenuncia um formato anacrônico de desestatização, compelido de maneira forçada e sem discussão, sobre setor vital para a vida humana, para a convivência social e para a preservação de ecossistemas. Como está posta, a condução do processo não foi republicana e padece de sério déficit democrático, visto que feriu princípios federativos e de participação social, presentes de forma implícita e explícita no texto da Constituição (Brasil, 1988), assim como em todo o ordenamento jurídico pátrio (2022, p. 20).

Portanto, o influxo político ou a aparente objetividade de visões sobre o maior ou menor peso a ser conferido a critérios como a livre concorrência não poderá prescindir de análise atenta, conjugada a dimensões mais abrangentes das políticas públicas, que deverá levar em conta especialmente a finalidade última, no presente caso, de alcançar a universalização do acesso ao saneamento, objetivo também presente no bojo do Novo Marco do Saneamento como meta prioritária. Nesse sentido, mesmo antes do Novo Marco Legal, já entendia Juliano, Feuerwerker, Coutinho e Malheiros, ao tratar dos efeitos práticos da adoção de uma posição ou outra acerca do saneamento:

O certo é que aceitar um determinado conceito ou ideia em saneamento implica escolher certas intervenções efetivas sobre a rede e a vida dos usuários individuais, e implica ao mesmo tempo, uma redefinição deste espaço em que se exerce o controle e a gestão das redes de saneamento, às quais os indivíduos estarão conectados, entendidos como grupo humano, como população. Um bom sanitarista deverá promover formas de o poder público compreender que as externalidades sobre a saúde são suficientes justificativas à constituição de um programa de financiamento de subsídios como promoção à saúde, prevenção das doenças e dos danos, e erradicação das iniquidades, pois o risco é o produto da vulnerabilidade. Aos reguladores caberá desempenhar suas atribuições utilizando-se de mecanismos que efetivamente considerem as iniquidades, bem como as dinâmicas justificativas do setor para o não atendimento dos princípios do marco regulatório (2012, p. 3044 – 3045).

É essencial que os órgãos de Estado em geral acompanhem com muita proximidade as ações do setor privado no saneamento brasileiro para garantir as externalidades definidas na Agenda 2030 e incorporadas no Novo Marco do Saneamento e, principalmente, que a universalização de água e esgoto atendam de forma uniforme a todos os usuários independentemente de sua condição econômica.

CONCLUSÃO

A pesquisa ora apresentada explorou a trajetória do saneamento básico no Brasil, com foco na aplicação da concorrência neste contexto. A análise histórica revelou a evolução do saneamento em paralelo ao desenvolvimento urbano e ao crescimento populacional, bem como a influência de diferentes abordagens e influências internacionais, contando com um progresso significativo entre 2005 e 2020, mas também destacou a persistência de desigualdades regionais e a necessidade de esforços contínuos para alcançar a universalização do acesso ao saneamento.

A concorrência, como mecanismo de mercado, surgiu como uma possível resposta durante crises estruturais em países em desenvolvimento, sob a lógica neoliberal. O Novo Marco do Saneamento, em 2020, avançou nesta direção, promovendo uma visão de mercado no debate público sobre saneamento.

No entanto, a pesquisa também destacou a falta de consenso sobre a natureza da concorrência e sua capacidade de integrar objetivos diversos além da eficiência econômica. As principais escolas que discutem o Direito da Concorrência - a Escola de Harvard, a Escola de Chicago e a Neo-Brandesiana - apresentam diferentes visões sobre a concorrência, refletindo a complexidade deste debate.

A Escola de Harvard enfatiza a importância da estrutura do mercado e a prevenção da concentração do poder econômico. O direito da concorrência teria como objetivo a distribuição de riqueza na sociedade, protegendo pequenos concorrentes, já que a pluralidade de agentes atuando seria a principal garantia do regular funcionamento dos mercados.

O histórico dessa escola possibilitava, à época da sua preponderância, a obtenção de benefícios de várias ordens, que não apenas a eficiência econômica, alcançadas por meio dos mecanismos de concorrência

A Escola de Chicago, por outro lado, prioriza a eficiência econômica e o bem-estar do consumidor em uma visão restrita de obtenção de eficiências considerando a oferta e demanda. Em razão da vinculação da Escola de Chicago a teoria neoclássica dos preços, a oferta e demanda apresentada garantiria a manutenção da competitividade dos mercados, restando ao Estado e ao Direito da Concorrência uma função residual de acompanhamento, sem a mesma atuação antes viabilizada pela corrente de Harvard.

Objetivos paralelos a manutenção da concorrência, à exemplo da universalização do acesso ao saneamento não guardam relevância em uma análise realizada sob a ótica de Chicago.

A Escola Neo-Brandesiana propõe uma abordagem mais holística, aqui sim considerando os impactos sociais e políticos da concorrência. Nessa vertente, sem prejuízo das construções relevantes feitas pelas outras escolas, problemas contextuais de diferentes ordens ganham relevo, enquanto condições tão importantes quanto as econômicas para o bom funcionamento dos mercados. Com isso, a predominância da concorrência sobre outros critérios poderia ser relativizada, desde que constatados benefícios sociais com repercussões concretas.

No contexto brasileiro, a aplicação do Direito da Concorrência e a interpretação dos seus objetivos é influenciada por essas diferentes escolas de pensamento, bem como pelo arcabouço legal e constitucional do país. A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 12.529/2011 estabelecem uma série de objetivos para a Ordem Econômica e a Defesa da Concorrência, que vão além da mera eficiência econômica.

No entanto, a aplicação prática desses princípios e objetivos no contexto do saneamento básico é complexa e desafiadora. A concorrência pode trazer benefícios em termos de eficiência e inovação, mas também pode levar a desigualdades e ineficiências se não for adequadamente regulada e controlada. Além disso, a concorrência por si só pode não ser suficiente para alcançar objetivos públicos, como a universalização do acesso ao saneamento, que requerem uma abordagem mais abrangente e integrada, considerando fatores sociais, políticos e ambientais.

Portanto, qualquer elemento visto de maneira isolada, inclusive a concorrência, acarretará consequências específicas e concretas para a coletividade afetada, o que exige do intérprete, dos aplicadores e dos agentes envolvidos na prestação do serviço público, independente da modalidade da execução, um senso ampliado.

Conclui-se pela complexidade e natureza multifacetada da concorrência no contexto do saneamento básico no Brasil. A concorrência, enquanto mecanismo de mercado, tem um papel importante a desempenhar, mas não é um remédio para todos os problemas que envolvem o setor. É necessário um equilíbrio cuidadoso entre a promoção da concorrência e a realização de outros objetivos e princípios, como a sustentabilidade e o acesso universal ao saneamento.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniel Pereira. O que é o neoliberalismo? A renovação do debate nas ciências sociais. **Revista Sociedade e Estado**, v. 34, n. 1 (2019), p. 211-239. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/RyfDLystcfKXNSPTLpsCnZp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 set 2023.

ANDRADE, Daniel Pereira; CÔRTEZ, Mariana; ALMEIDA, Silvio. Neoliberalismo autoritário no Brasil. **Caderno CRH**, v. 34 (2021), p. 1-25. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/mZ5TYngTCBpHz8gZ7g9kJPC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 set 2023.

FERRAZ, André Santos. As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago. **Revista de Defesa da Concorrência (CADE)**, v. 2, n. 2 (2014), p. 180-206. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/124/77>. Acesso em: 10 set 2023.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

HADMANN, Eric. Paradoxo tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência (CADE)**, v. 7, n. 2 (2019), p. 171-189. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/424>. Acesso em: 10 set 2023.

INSTITUTO TRATA BRASIL. Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento no Brasil, 2022. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/beneficios-economicos-e-sociais-da-expansao-do-saneamento-no-brasil/>. Acesso em: 03 set 2023.

JULIANO, Ester; FEUERWERKER, Laura; COUTINHO, Sonia, MALHEIROS, Tadeu. Racionalidade e saberes para a universalização do saneamento em áreas de vulnerabilidade social. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 17 (2012), p. 3037-3046. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/DqWkjLMLFvSY4CvHrx8CBWg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 set 2023.

MARIUTTI, Eduardo. Estado, Mercado e concorrência: Fundamentos do “neoliberalismo” como uma nova cosmovisão. **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política**, n. 54 (2019),



p. 10-33. Disponível em: <https://revistasep.org.br/index.php/SEP/article/view/515>. Acesso em: 09 set 2023.

MURTHA, Ney Albert; CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo. Uma perspectiva histórica das primeiras políticas públicas de saneamento e de recursos hídricos no Brasil. **Ambiente & Sociedade**, v. XVIII, n. 3 (2015), p. 193-210. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/3tP56QFRgxQCX84J9zW9cpC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 set 2023.

QUEIROZ, Felipe. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. **Caderno CRH**, v. 31, n. 82 (2018), p. 187-191. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/xxsVpyd63D47tnb9ncmJJLy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 09 set 2023.

LINHARES, Amanda; ROS, Luiz. The Midlife Crisis Of The Antitrust Goals: Where Does The Brazilian Competition Authority Stand Among Harvard, Chicago And Neo-Brandesianists? **Revista de Defesa da Concorrência (CADE)**, v. 10, n. 2 (2022), p. 7-23. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/987/628>. Acesso em: 11 set 2023.

PACTO GLOBAL. A Evolução do ESG no Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/noticia/520/stilingue-e-rede-brasil-do-pacto-global-lancam-estudo-sobre-a-evolucao-do-esg-no-brasil>. Acesso em: 20 ago 2023.

RIVERA, Amanda; DOMINGUES, Juliana; SOUZA, Nayara. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. **Revista do IBRAC**, v. 24, n. 2 (2018), p. 65-93. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/322682014.pdf>. Acesso em: 11 set 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1 (2009), p. 305-323.

SHAPIRO, Carl. Antitrust in a Time of Populism. **International Journal of Industrial Organization**, 61 (2018), p. 714-748. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>. Acesso em: 20 ago 2023.

SILVA, Cláudia. Universalização do saneamento básico no brasil: a agenda 2030, o papel do estado e os impactos da Lei n. 14.026/2020. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 40, n. 1 (2022), p. 34-56. Disponível em:



<https://revista.tce.mg.gov.br/revista/index.php/TCEMG/article/view/556/528>. Acesso em: 05 set 2023.

SILVA, José; FEITOSA, Maria; SOARES, Aendria. 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 (2022). Disponível em: <https://rbeur.anpur.org.br/rbeur/article/view/6943/5453>. Acesso em: 29 Ago 2023.

VALÉRIO, Marco; KOTAIT, Marília; GREMAUD, Amaury; MERLO, Edgard. Reforma do marco legal do saneamento e o contrato de programa: discussão sobre o protagonismo das empresas estatais na prestação dos serviços. **Revista Direito Público**, v. 18, n. 97 (2021), p. 369-394. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4299/pdf_1. Acesso em: 05 set 2023.

VERBICARO, Loiane. Reflexões acerca das contradições entre democracia e neoliberalismo. **Revista Direito Público**, v. 18, n. 97 (2021), p. 27-55. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5115/2739>. Acesso em: 29 ago 2023.

Submissão: novembro 2023

Aceite: dezembro 2023