

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.492 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REQTE.(S)	: PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	: WALBER DE MOURA AGRA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: PARTIDO NOVO
ADV.(A/S)	: MARILDA DE PAULA SILVEIRA

VOTO VOGAL CONJUNTO – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6492, 6536, 6583 E 6882

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório formulado pelo i. Relator.

Trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas respectivamente pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Socialista Brasileiro – PSB e Partido dos Trabalhadores – PT; Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento – ASSEMAE; e Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE. Todas a questionar a Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, que promoveu modificações em cinco outras leis ordinárias, no intuito de atualizar a marco legal do saneamento básico no Brasil.

1. Do conhecimento das ações diretas de inconstitucionalidade

As ações diretas de inconstitucionalidade nº 6492 e 6536 foram ajuizadas por partidos políticos com comprovada representação no Congresso Nacional.

Por sua vez, as ações diretas nº 6583 e 6882 foram ajuizadas por

ADI 6492 / DF

entidades de classe de âmbito nacional. Questiona-se a qualificação de ambas nessa categoria, mas compreendo que a jurisdição constitucional, para ser efetiva, deve se apegar menos a categorias meramente formais e defensivas, para compreender com maior latitude a contribuição que essas entidades possuem em temas tão relevantes, como a questão do saneamento no Brasil. Ademais, as matérias ali suscitadas também são abordadas nas outras ações, de modo que o conhecimento não gera qualquer prejuízo.

De outra parte, quanto ao argumento do não conhecimento das ações por ausência de impugnação específica, compreendo ser possível deduzir claramente o conteúdo normativo das impugnações, subsumindo-se o objeto do controle aos parâmetros da Constituição da República. Desta forma, eventuais contrariedades referentes à interpretação dos dispositivos pressuporiam o conhecimento da ação, e não obstariam à Corte adentrar no exame de mérito.

Afasto, por conseguinte, as preliminares de não conhecimento.

2. Breve introito necessário

Nos debates travados por ocasião das sustentações orais, as partes já esposaram inestimáveis considerações a respeito da importância do direito fundamental à água, do acesso à água potável para a manutenção da dignidade das pessoas, da gravíssima questão social e de saúde pública que se vive no Brasil em decorrência da não universalização tempestiva do direito ao saneamento básico – tanto do abastecimento quanto do esgotamento sanitário – a todos os cidadãos. Creio que este é um ponto de partida inquestionável seja àqueles que defendem a manutenção da norma impugnada, seja àqueles que apontam nela descompasso em relação à Constituição da República.

Essa a motivação para a edição da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, como demonstra a Exposição de Motivos Interministerial 00184/2019 ME/MDR, de 8.7.2019, a qual aponta a seriedade das

circunstâncias que levaram ao surgimento da norma ora em discussão:

“2. Após os doze anos de vigência da Lei n. 11.445/2007, a população brasileira ainda enfrenta graves problemas de acesso aos serviços públicos de saneamento básico. Enquanto a cobertura por rede de abastecimento de água é relativamente alta, a cobertura de domicílios por rede coletora de esgoto e por coleta e destinação ambientalmente adequada de lixo está ainda longe do ideal no Brasil.

3. Pelos dados do Sistema Nacional de Informações de Saneamento Básico – SNIS (2017), 96,4% da população urbana é abastecida com água por rede de distribuição ou por poço ou nascente com canalização interna, mas apenas 67,1% da população rural é atendida por este tipo de abastecimento. Portanto, 92,9% da população brasileira, urbana e rural, é abastecida por água. O índice de perda de água na distribuição no Brasil também chama a atenção: 38,3%, segundo dos dados do SNIS. Ou seja, quase 4 litros de água tratada são desperdiçados para cada 10 litros produzidos.

4. Em relação à população rural e urbana servida por rede coletora ou fossa séptica para esgotamento sanitário, o percentual é de 73,1%, segundo o SNIS, embora o índice de tratamento do esgoto coletado não ultrapasse os 44,9%. A expansão desordenada dos grandes centros urbanos agrava a coleta e o tratamento do esgoto sanitário, acrescido da praticamente ausência da coleta ou tratamento no meio rural brasileiro.

5. Além disso, há um déficit de 40,8 e 103,2 milhões de brasileiros sem acesso às infraestruturas de abastecimento de água e esgotamento sanitário, respectivamente. A situação é ainda pior quando se analisa o atendimento de esgotamento sanitário. Segundo dados do SNIS (2017) 52,5% dos brasileiros são servidos por rede coletora ou fossa séptica. Além disso, a existência da rede coletora de esgoto, por exemplo, não garante que o esgoto seja corretamente tratado antes de sua disposição, afetando a qualidade do corpo hídrico que o recebe.”

ADI 6492 / DF

A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico, intentando solver os severos problemas que a falta de abastecimento e, principalmente, de tratamento do esgoto sanitários causam à população, de modo a cumprir as determinações constitucionais para proteção à saúde e à dignidade.

É nessa legislação que encontramos os elementos que constituem a prestação do serviço público de saneamento básico no País:

“Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas

pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes;
(...)"

O denominado "Novo Marco Legal do Saneamento" foi estabelecido pela Lei nº 14.026/2020, que promove uma atualização na legislação vigente. Nas impugnações vertidas pelos Autores das ações diretas ora analisadas, é possível depreender o questionamento às seguintes ordens de modificações: (i) impacto na competência municipal sobre o serviço público de saneamento básico; (ii) modificação e majoração das atribuições da Agência Nacional de Águas – doravante denominada "Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico"; (iii) fim da possibilidade do estabelecimento de Contratos de Programa entre Municípios e entidades integrantes da Administração Indireta de outro ente federado para delegação do serviço de saneamento; (iv) incentivo maciço à adoção, pelos entes municipais e pelas Companhias estaduais dedicadas à prestação do serviço de saneamento básico, de mecanismos para privatização do setor, com a concessão do serviço a empresas privadas e desestatização das Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESB, cuja presença no setor predominava no modelo anterior.

A privatização da prestação de serviço público pelos entes federados não é vedada pelo texto constitucional, consistindo em opção legislativa e desenho institucional válidos perante o ordenamento jurídico, e vários Municípios já optam pelo modelo de concessão do serviço à iniciativa privada.

Não cabe ao Poder Judiciário promover o controle dessa opção legítima, eleita por aqueles que foram escolhidos democraticamente para o exercício de suas funções típicas, constitucionalmente estabelecidas.

Contudo, a seara de controle judicial abre-se à verificação do respeito às normas constitucionais nesse processo, que pretende a extensão do modelo como predominante para a gestão e planejamento do saneamento básico no Brasil. No caso em tela, especificamente em relação ao respeito ao federalismo cooperativo e aos meios postos à disposição dos entes federados para a consecução dos relevantes serviços públicos

ADI 6492 / DF

de que são titulares.

Em assentada anterior, o i. Ministro Relator proferiu voto pela improcedência das quatro ações diretas de inconstitucionalidade.

Analisando os autos, contudo, localizei justamente na seara da autonomia dos entes federativos as inconstitucionalidades potenciais que trago para debate: quanto à imposição aos titulares do poder concedente da forma de prestação do serviço público de saneamento básico, excluindo modelo previsto pelo texto constitucional; quanto à imposição das regras regulatórias e do modelo de prestação do serviço para a obtenção de financiamento justamente em setor tão essencial à manutenção da dignidade da população; quanto à alteração de regras de contratos em vigor por legislação editada por ente distinto daquele que promoveu, no seu âmbito de competência, a contratação pública; e quanto à possibilidade de subdelegação de contratos de programa.

É nesse ínterim que passo à análise dos pontos elencados nas quatro ações ora analisadas, anunciando desde logo que divirjo em parte do voto do i. Ministro Relator.

3. Das metas de universalidade e da modicidade tarifária:

Na ADI 6492, o requerente sustenta que assunção do compromisso de cumprimento das metas de universalização pelas empresas vencedoras dos certames licitatórios não é suficiente para crer que a iniciativa privada ou empresa pública conseguirá explorar as regiões com eficiência e sem cobrar tarifas excessivas como forma de compensar o investimento em cidades com pouca infraestrutura para receber o serviço, além da previsão de consideração ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ferindo o princípio da modicidade tarifária.

Requer que esta Corte promova interpretação conforme, a fim de que as tarifas sejam reajustadas de acordo com o salário mínimo.

De plano, a vinculação do reajuste das tarifas pelo salário mínimo implica violação ao disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, que

ADI 6492 / DF

veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim.

De outra parte, nesse tópico, o Parecer da Procuradoria-Geral da República assevera:

“Do ponto de vista estritamente jurídico, constata-se que a universalização dos serviços de saneamento básico e a modicidade tarifária não foram de qualquer modo negligenciadas pelo diploma hostilizado.

Muito ao contrário, os deveres de universalização e de modicidade tarifária são positivados, em caráter cogente, no bloco de leis alteradas pela Lei 14.026/2020. Confira-se:

Art. 3º A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

§ 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre:

(...)

II – regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico;

(...)

IV – metas de universalização dos serviços públicos de *saneamento básico* para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos.

(...)

XII – sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de *saneamento básico*;

(...)

§ 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão:

I – promover a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, observados os princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da *generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da utilização racional dos recursos hídricos e da universalização dos serviços;*

(...)

III – estimular a cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, *a fim de buscar a universalização dos serviços e a modicidade tarifária;*

(...)

V – incentivar a regionalização da prestação dos serviços, de modo a *contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços;*

(...)

§ 8º Para fins do disposto no inciso II do § 1º deste artigo, as normas de referência de regulação tarifária estabelecerão os mecanismos de *subsídios para as populações de baixa renda, a fim de possibilitar a universalização dos serviços, observado o disposto no art. 31 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e, quando couber, o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários dos serviços”.*

Art. 7º A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º (...)

I – universalização do acesso e efetiva prestação do serviço;

(...)

XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de *ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços;*”

(...)

Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos *próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a* universalização dos serviços na área licitada até 31 de **dezembro de 2033**, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.”

(...)

“Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de *saneamento básico deverão definir metas de universalização que* garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de **dezembro de 2033**, *assim como metas quantitativas de não* intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (...)”

Além da previsão abstrata dos princípios da universalização e da modicidade tarifária, há regras, datas, prazos e consequências jurídicas voltadas à concreção das metas de universalização, compromissadas. Tão é assim que há determinação de ajustes nos contratos em vigor (adaptação até 31.3.2022, conforme o art. 11-B, § 1º, da Lei 11.445/2007) e, inclusive, sanções de caducidade para o caso do não atingimento das metas.

Trata-se, pois, de norma jurídica perfeita (*leges perfectae*), isto é, que contempla preceito primário (juízo de dever abstrato e previsão de situação concreta de incidência) e preceito secundário (consequência jurídica).

O arranjo institucional estatuído pela novel legislação visa dar condições concretas à universalização, mediante a regionalização do serviço de saneamento, inclusive para garantir o atendimento às regiões economicamente menos atrativas. É o que consta da Exposição de Motivos que deu

ensejo à Lei 14.026/2020:

20. Estabelece também a possibilidade de criação de blocos de municípios pelos Estados, com vistas à prestação regionalizada dos serviços de saneamento. Os blocos serão formados com base na sustentabilidade econômico-financeira, reunindo municípios pobres e ricos e dando transparência à prática do subsídio cruzado. Essa proposição atende a questionamentos que apenas interessaria a iniciativa privada os municípios superavitários, deixando os mais pobres as concessionárias públicas.

A modelagem institucional de prestação regionalizada formaliza e dá caráter cogente à modicidade tarifária e à universalização dos serviços públicos, **sem que haja, *prima facie*, elementos teóricos, institucionais ou mesmo técnicos que pudessem ser aferidos na via do controle abstrato para desabonar a presunção de constitucionalidade de que a lei se reveste.**

Desse modo, o exame da opção legislativa e da modelagem de política pública adotada não pode ser objeto de juízo reformador pelo Poder Judiciário, em linha com a jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a autocontenção judicial requer o respeito à escolha democrática do legislador, à míngua de razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a sua opção” (ADI 5.794/DF, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 14.5.2020).

Há que se ter em conta a diretriz interpretativa da jurisprudência desta Suprema Corte: “[a] revisão judicial de marcos regulatórios editados pelo legislador requer uma postura de autocontenção em respeito tanto à investidura popular que caracteriza o Poder Legislativo quanto à complexidade técnica inerente aos temas a que o Poder Judiciário é chamado a analisar pela ótica estrita da validade jurídica” (ADI 4.923/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 4.4.2018).

Portanto, **a disciplina legal dos deveres de universalização dos serviços públicos e de modicidade tarifária não desafiam nenhum parâmetro de controle**

constitucional cognoscível na via do controle concentrado.

Como bem demonstrado pelo *Parquet*, a novel legislação não olvida de previsões e garantias para o alcance das metas de universalização, da modicidade tarifária, e da instituição do subsídio cruzado. Assim, a circunstância de que esses objetivos possam não ser alcançados no futuro, à míngua de impugnação mais específica, não parece se amoldar ao controle concentrado de constitucionalidade, razão pela qual referido pleito não merece atendimento.

Acompanho, portanto, o Ministro Relator, no ponto.

4. Da competência constitucional em matéria de saneamento básico:

Cumpra aferir se a Lei nº 14.026/2020, no que modifica a Lei nº 11.445/2007, viola a competência constitucionalmente conferida aos Municípios em matéria de saneamento básico.

Os dispositivos constitucionais incidentes sobre a matéria são os seguintes:

“Art. 21. **Compete à União:**

(...)

XX - **instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;**

(...)”

“Art. 23. **É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:**

(...)

IX - **promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;**

(...)”

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios

desta Constituição.

(...)

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”

“Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

(...)”

Evidentemente, o tema relevante trazido aos autos diz respeito à distribuição de competência entre os diversos entes federativos para legislarem sobre as matérias especificadas pela Constituição. A repartição de competências é característica essencial em um Estado federado para que seja protegida a autonomia de cada um dos seus membros e, por consequência, a convivência harmônica entre as esferas, com o fito de evitar a secessão.

Nesta perspectiva, esta disposição pode se dar em sentido horizontal ou vertical, levado em conta o domínio dos interesses envolvidos.

Repartir competências compreende compatibilizar interesses para o reforço do federalismo cooperativo em uma dimensão de fato cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente a fim de que o funcionamento consonante das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º, da CRFB) e objetivos (art. 3º, da CRFB) da República.

Ao construir uma rede interligada de competências, o Estado obriga-

ADI 6492 / DF

se a exercê-las em proveito do alcance do bem comum e da satisfação dos direitos fundamentais.

Ocorre que, como bem lembrou o e. Min. Gilmar Mendes, por vezes uma mesma lei pode apresentar problemas complexos, por envolver tema que se divide em assunto que compõe a competência concorrente e em matéria restrita à competência legislativa de apenas uma das esferas da Federação (MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 841).

Em outras oportunidades (ADI 5.356 e ADPF 109), sustentei que a tradicional compreensão do federalismo brasileiro, que busca solucionar os conflitos de competência tão somente a partir da ótica da prevalência de interesses, não apresenta solução satisfatória para os casos cuja dúvida sobre o exercício da competência legislativa decorre de atos normativos que podem versar sobre diferentes temas.

Nestes casos, há uma multidisciplinidade, como bem descreveu Tiago Magalhães Pires, em trabalho já citado pelo e. Min. Luís Roberto Barroso em julgamentos perante este Tribunal (ADI 5327, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 01.08.2017):

"Há também situações de concorrência de fato entre as competências de diversos entes federativos, ainda que privativas. São casos em que a lei editada por uma entidade política remete simultaneamente às categorias previstas em duas ou mais regras de competência, algumas permitidas e outras proibidas àquela entidade política. Diante disso, o intérprete se veria na contingência de escolher a categoria mais saliente ou o ente a ser aquinhado, ou simplesmente reconhecer a realidade e admitir a validade da lei."

Diante de uma especial deferência ao poder legislativo para eleger opções dentro da arquitetura constitucional, não deve, nada obstante, o intérprete tolher a alçada que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria.

Neste sentido, o cânone da interpretação conforme, a que alude o e.

ADI 6492 / DF

Ministro Gilmar Mendes, deve ser integrado pelo que, na jurisprudência norte-americana, foi chamado de uma presunção a favor da competência dos entes menores da federação (*presumption against pre-emption*).

Assim, é preciso reconhecer, no âmbito da repartição constitucional de competências federativas, que o Município, por exemplo, desde que possua competência para matéria, detém primazia sobre os temas de interesse local, nos termos do disposto no art. 30, I, da CRFB. De igual modo, Estados e União detêm competência sobre os temas de seus respectivos interesses, nos termos dos parágrafos do art. 24 da CRFB. Há, dessa forma, um direcionamento das ações de governo do ente local para o nacional, naquilo que José de Oliveira Baracho vislumbrou como sendo o princípio da subsidiariedade do federalismo brasileiro:

“O princípio da subsidiariedade mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem jurídica interna, como na comunitária e internacional. Dentro das preocupações federativas, o Governo local deve assumir grande projeção, desde que sua efetivação, estrutura, quadros políticos, administrativos e econômicos que se projetam na globalidade dos entes da Federação. No exercício de suas atribuições, o governo das entidades federativas poderá promover ações que devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e de qualidade de vida. A Administração pública de qualidade, comprometida com as necessidades sociais e aberta à participação solidária da sociedade, pode melhorar as entidades federativas e os municípios. A partir desse nível, concretiza-se, necessariamente a efetivação dos direitos humanos. A descentralização, nesse nível, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos

e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade.”

(BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 35, 1995. p. 28-29)

Por evidente, não se deve confundir a maior proximidade do governo, que naturalmente ocorre nos municípios, com mais democracia. A Constituição é também um contraponto à captura do governo local pelas oligarquias. É precisamente aqui que reside a fonte material de competência dos demais entes federativos: contanto que favoreça a realização material de direitos constitucionalmente garantidos e desde que estejam previstas no âmbito de sua respectiva competência, podem a União ou mesmo os Estados dispor de matérias que tangencialmente afetam o interesse local. O federalismo torna-se, por conseguinte, um instrumento de descentralização, não para simplesmente distribuir poder político, mas para realizar direitos fundamentais.

Assim, seria possível superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material: **apenas quando a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que possuem os entes menores (clear statement rule), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito nacional, certa matéria deve ser disciplinada pelo ente maior.**

Em caso de dúvida sobre o título a que se dá o exercício da competência, se comum ou concorrente, por exemplo, também cumpre à lei definir o âmbito de atuação do ente federativo. Ressalte-se, porém, que, seja qual for a hipótese, **a assunção de competência pelo ente maior deve fundar-se no princípio da subsidiariedade, ou seja, na demonstração de que é mais vantajosa a regulação de determinada matéria pela União ou pelo Estado, conforme for o caso. Trata-se, portanto, de privilegiar a definição dada pelo legislador, reconhecendo**

que eventual lacuna deve ser vista como possibilidade de atuação dos demais entes federativos, não cabendo ao poder judiciário, à minguada de definição legislativa, retirar a competência normativa de determinado ente da federação, sob pena de tolher-lhe sua autonomia constitucional.

Feito o enquadramento do problema, é mister asseverar que esta Corte promoveu importante equacionamento das questões federativas envolvidas na questão acerca da competência constitucional acerca do saneamento básico, no julgamento da ADI nº 1.842, para a qual restou como redator do acórdão o e. Ministro Gilmar Mendes. Nesse julgado, ao promover a apreciação acerca dos contornos do conceito de região metropolitana, também foi abordada, de modo bastante aprofundado, a autonomia dos entes federados na temática ora em análise.

A ADI nº 1.842 delinea três grandes vetores principiológicos relevantes para as ações diretas ora julgadas.

Em primeiro lugar, sinalizou-se que, na forma dos arts. 1º e 18 da Constituição da República, os Municípios integram o sistema federativo enquanto entidades políticas autônomas. Por conseguinte, autonomia municipal deve significar tanto autoadministração, entendida como gestão dos interesses locais sem tutela de outros entes federados, quanto autogoverno, entendido como manutenção de regime de apresentação nas esferas executiva e legislativa. Esta autonomia, contudo, não vedaria a instituição de regiões metropolitanas, por exemplo, porquanto a partilha de interesses comuns de certo agrupamento urbano, ante a lógica de manutenção do equilíbrio federativo, permitiria convalidar a compulsoriedade da participação municipal.

Em segundo lugar, a ADI nº 1.842 avança na caracterização do sentido constitucionalmente adequado do interesse comum metropolitano – relevante pois, *in casu*, trata-se de serviço que comumente vai além dos limites geográficos municipais, sendo a regionalização a tônica da novel legislação que ora se analisa. Assim, está-se a falar de um conjunto de funções e serviços de caráter transversal, desbordando, quer por sua natureza comum a mais de um município, quer pelo reflexo de seus efeitos em mais de um município, o quadro

ADI 6492 / DF

constitucional da municipalidade. O Supremo Tribunal Federal referiu-se expressamente ao saneamento básico como oriundo da competência comum de União, Estados e Municípios, nos termos do art. 23, IX da Constituição, e assentou que este serviço público, não raro, extrapola o interesse local.

Por fim, o voto condutor da maioria na ADI 1.842 afirmou que a concorrência entre o princípio do interesse comum e a autonomia municipal não deve traduzir-se em total centralização do poder decisório metropolitano. Ainda que a gestão colegiada das regiões metropolitanas não exija a total paridade entre os entes federados, não se permite, por força da própria autonomia municipal, que uma das pessoas políticas ali imbricadas exerça um predomínio absoluto.

Cito a ementa daquele julgado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Riode Janeiro. 2. Preliminares de inépcia da inicial e prejuízo. Rejeitada a preliminar de inépcia da inicial e acolhido parcialmente o prejuízo em relação aos arts. 1º, caput e § 1º; 2º, caput; 4º, caput e incisos I a VII; 11, caput e incisos I a VI; e 12 da LC 87/1997/RJ, porquanto alterados substancialmente. **3. Autonomia municipal e integração metropolitana. A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que**

determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo. O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999). O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais. 4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art.

241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. 5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa” constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e

V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro. 6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9868/1998, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente”

(ADI 1842, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, Dje-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013 EMENT VOL-02701-01 PP-00001).

Em casos que não envolviam debates acerca da instituição de região metropolitana, esta Corte já compreendeu, diante da competência também reconhecida pelo texto constitucional aos Municípios em matéria de saneamento básico, ser de titularidade municipal o poder prestacional do serviço público ora em debate, vedando que outro ente federativo pudesse intervir nessa atribuição constitucional:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE SANTA CATARINA. DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL. LEI ESTADUAL QUE OBRIGA O SEU FORNECIMENTO POR MEIO DE CAMINHÕES-PIPA, POR EMPRESA CONCESSIONÁRIA DA QUAL O ESTADO DETÉM O CONTROLE ACIONÁRIO. DIPLOMA LEGAL QUE TAMBÉM ESTABELECE ISENÇÃO TARIFÁRIA EM FAVOR DO

USUÁRIO DOS SERVIÇOS. INADMISSIBILIDADE. INVASÃO DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS, PELO ESTADO-MEMBRO. INTERFERÊNCIA NAS RELAÇÕES ENTRE O PODER CONCEDENTE E A EMPRESA CONCESSIONÁRIA. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO LOCAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I - **Os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente local e a empresa concessionária, ainda que esta esteja sob o controle acionário daquele.** II - **Impossibilidade de alteração, por lei estadual, das condições que se acham formalmente estipuladas em contrato de concessão de distribuição de água.** III - Ofensa aos arts. 30, I, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal. IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

(ADI 2340, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-087 DIVULG 09-05-2013 PUBLIC 10-05-2013)

“Ementa: CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 7/1999. COMPETÊNCIAS RELATIVAS A SERVIÇOS PÚBLICOS. OCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS (ART. 30, I E V). PARCIAL PROCEDÊNCIA. **1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse.** **2. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos – União,**

Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios – e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). 3. O art. 59, V, da legislação impugnada, ao restringir o conceito de “interesse local”, interferiu na essência da autonomia dos entes municipais, retirando-lhes a expectativa de estruturar qualquer serviço público que tenha origem ou que seja concluído fora do limite de seu território, ou ainda que demande a utilização de recursos naturais pertencentes a outros entes. 4. O artigo 228, caput e § 1º, da Constituição Estadual também incorre em usurpação da competência municipal, na medida em que desloca, para o Estado, a titularidade do poder concedente para prestação de serviço público de saneamento básico, cujo interesse é predominantemente local. (ADI 1.842, Rel. Min. LUIZ FUX, Rel. P/ acórdão Min. GILMAR MENDES, DJe de 13/9/2013). 5. As normas previstas nos artigos 230 e 238, VI, não apresentam vícios de inconstitucionalidade. A primeira apenas possibilita a cobrança em decorrência do serviço prestado, sem macular regras constitucionais atinentes ao regime jurídico administrativo. A segunda limita-se a impor obrigação ao sistema Único de Saúde de participar da formulação de política e da execução das ações de saneamento básico, o que já é previsto no art. 200, IV, da Constituição Federal. 6. Medida Cautelar confirmada e Ação Direta julgada parcialmente procedente.”

(ADI 2077, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-09-2019 PUBLIC 16-09-2019)

O serviço público de prestação de saneamento básico à população é dos mais relevantes e essenciais à manutenção da vida, saúde e dignidade aos cidadãos brasileiros.

Nada obstante, dentro da ótica de concretização desse direito fundamental, é necessário avaliar a Lei nº 14.026/2020 sob os parâmetros acima narrados, a aferir se ela respeita devidamente os parâmetros do federalismo cooperativo que a Constituição da República inaugurou.

4.1. Da violação à autonomia municipal – imposição da forma de prestação do serviço público:

Nesse tópico, por visualizar violação ao disposto nos artigos 1º, 18, 30, I, II e V, e 241 do texto constitucional, divirjo do i. Relator, por compreender que o arranjo institucional promovido pelo ente central, ao permitir aos Municípios apenas as opções de prestação direta do serviço de saneamento ou concessão mediante licitação à iniciativa privada, com a exclusão do modelo de delegação via gestão associada a entidade da Administração indireta de outro ente federativo, contraria a autonomia constitucionalmente conferida a todos os entes federativos.

Como já afirmei, a opção legislativa pela preferência aos investimentos privados na prestação do serviço público de saneamento básico, em si mesma, não viola a Constituição, eis que consiste em opção legítima, nos termos do artigo 175 da Carta Magna:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Nada obstante, a Constituição também oferta aos entes federados, além da prestação direta ou pela via da concessão, a opção de gestão associada na prestação de serviços públicos, nos termos do artigo 241 do texto constitucional:

“Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

A Lei nº 11.445/2007, em sua redação original, permitia que os Municípios promovessem a prestação do serviço público de saneamento básico diretamente, por meio de seus órgãos administrativos, constituição de autarquias ou sociedades de economia mista e empresas públicas municipais, ou indiretamente, por meio da concessão do serviço a particulares ou de consórcio público ou convênio de cooperação (com a assinatura de contratos de programa), previstos pela Lei nº 11.107/2005 em regulamentação ao artigo 241 do texto constitucional, inclusive com entidades da Administração Pública indireta de outros entes federados, como as Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESB.

A Lei nº 14.026/2020 altera esse paradigma, impondo a prestação direta ou por meio de gestão associada sem a possibilidade dos contratos de programa, ou ainda por meio de licitação para a concessão do serviço público. Afeta, portanto, a atribuição dos entes municipais consorciados ou conveniados de contratarem pessoa jurídica integrante da Administração estadual para a prestação do serviço, o que não é expressamente vedado pela Constituição Federal e era previsto pela legislação de regência na redação originária.

Ademais, estabelece uma série de requisitos para a manutenção dos atuais contratos, sob pena de invalidade de avenças até então consideradas plenamente vigentes.

ADI 6492 / DF

Cito as modificações que a Lei nº 14.026 promoveu nessa seara, especificamente nos artigos 7º, 9º e 13, a alterar as Leis 11.445/2007 e 11.107/2005:

“Art. 7ºA Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

‘Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições:

I - fica admitida a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de autarquia intermunicipal;

II - os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.

§ 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento.

§ 3º A estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico seguirá o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metr pole).

§ 4º Os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de fun es relativas aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, em caso de convênio de coopera o, a necessidade de autoriza o legal.

§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regula o e fiscaliza o desses serviços, independentemente da modalidade de sua presta o." (NR)

"Art. 9º. (...)

I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferi o de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execu o dos serviços prestados de forma direta ou por concessão;

II - prestar diretamente os serviços, ou conceder a presta o deles, e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regula o e fiscaliza o da presta o dos serviços públicos de saneamento básico;

III - definir os parâmetros a serem adotados para a garantia do atendimento essencial   saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas   potabilidade da  gua;

IV - estabelecer os direitos e os deveres dos usuários;

V - estabelecer os mecanismos e os procedimentos de

controle social, observado o disposto no inciso IV do caput do art. 3º desta Lei;

VI - implementar sistema de informações sobre os serviços públicos de saneamento básico, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa), o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh), observadas a metodologia e a periodicidade estabelecidas pelo Ministério do Desenvolvimento Regional; e

VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nas hipóteses e nas condições previstas na legislação e nos contratos.

Parágrafo único. No exercício das atividades a que se refere o caput deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores dos serviços." (NR)

"Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

§ 1º (Revogado).

I - (revogado).

a) (revogada).

b) (revogada).

II - (revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual." (NR)

"Art. 9º A Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, passa a

vigorar com as seguintes alterações:

(...)

"Art. 13. (...)

§ 6º (Revogado).

(...)

§ 8º Os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim." (NR)

"Art. 13. Decreto disporá sobre o apoio técnico e financeiro da União à adaptação dos serviços públicos de saneamento básico às disposições desta Lei, observadas as seguintes etapas:

I - adesão pelo titular a mecanismo de prestação regionalizada;

II - estruturação da governança de gestão da prestação regionalizada;

III - elaboração ou atualização dos planos regionais de saneamento básico, os quais devem levar em consideração os ambientes urbano e rural;

IV - modelagem da prestação dos serviços em cada bloco, urbano e rural, com base em estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA);

V - alteração dos contratos de programa vigentes, com vistas à transição para o novo modelo de prestação;

VI - licitação para concessão dos serviços ou para alienação do controle acionário da estatal prestadora, com a substituição de todos os contratos vigentes.

§ 1º Caso a transição referida no inciso V do caput deste artigo exija a substituição de contratos com prazos distintos, estes poderão ser reduzidos ou prorrogados, de maneira a convergir a data de término com o início do contrato de concessão definitivo, observando-se que:

I - na hipótese de redução do prazo, o prestador será

indenizado na forma do art. 37 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e

II - na hipótese de prorrogação do prazo, proceder-se-á, caso necessário, à revisão extraordinária, na forma do inciso II do caput do art. 38 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

§ 2º O apoio da União será condicionado a compromisso de conclusão das etapas de que trata o caput deste artigo pelo titular do serviço, que ressarcirá as despesas incorridas em caso de descumprimento desse compromisso.

§ 3º Na prestação dos serviços públicos de saneamento básico, os Municípios que obtiverem a aprovação do Poder Executivo, nos casos de concessão, e da respectiva Câmara Municipal, nos casos de privatização, terão prioridade na obtenção de recursos públicos federais para a elaboração do plano municipal de saneamento básico.

§ 4º Os titulares que elegerem entidade de regulação de outro ente federativo terão prioridade na obtenção de recursos públicos federais para a elaboração do plano municipal de saneamento básico.”

Os Autores das ações ora analisadas sustentam a violação ao pacto federativo e à autonomia municipal para escolha do modelo de prestação do serviço público de saneamento básico.

O i. Relator compreendeu, no ponto, que a novel legislação promoveu um adequado arranjo federativo de contratação pública no setor de saneamento básico, compatível com a competência municipal no tema, com a finalidade de introduzir um incremento de eficiência, ao compreender incumbir ao ente federativo central as funções de planejamento do setor, e aos entes municipais, a titularidade da execução do serviço público referido.

Na redação original da Lei nº 11.445/2007, era expressamente permitida a utilização, pelo ente titular do serviço público, da modalidade de delegação do serviço por meio de contrato de programa, como se depreende da primária redação do artigo 8º da lei:

ADI 6492 / DF

“Art. 8º. Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.”

“Art. 16. A prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico poderá ser realizada por:

I - órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação;

II - empresa a que se tenham concedido os serviços.”

Como acima mencionei, pela modificação promovida pela Lei nº 14.026/2020, a gestão associada para prestação do serviço público de saneamento básico fica restrita à formalização de consórcios públicos e convênios de cooperação exclusivamente entre Municípios, para a prestação direta do serviço por meio da constituição de autarquia, vedando-se a delegação do serviço a pessoa jurídica integrante da Administração Indireta fora do modelo de concessão do artigo 175 da Carta Magna, e proibindo-se a formalização de contrato de programa para essa finalidade.

Ademais, condicionou-se o apoio técnico e financeiro da União para adaptação ao modelo preferencial eleito pelo ente federativo central à alteração dos contratos vigentes e à promoção de licitação para alienação do controle acionário da estatal então prestadora do serviço.

Assim, nesse campo, o que importa perquirir é: extrapolou a União a competência para expedição de normas gerais na matéria referente a saneamento básico? Pode a União vedar a outros entes federados a utilização de mecanismos de prestação de serviços públicos previstos no texto constitucional? Pode a União impor a preferência pela desestatização aos outros entes federados, sob pena de vedação à destinação de recursos?

Retorno à questão, a Constituição não veda a opção pela privatização

ADI 6492 / DF

da prestação dos serviços públicos, que consiste em desenho institucional previsto pelo art. 175.

A questão tem contornos distintos quando se trata de serviço público de titularidade da União, como nos casos de serviços de telefonia e de energia elétrica, cuja constitucionalidade já foi asseverada por esta Corte.

No entanto, quando se trata de serviço compartilhado com outros entes federativos, a restrição demasiada da autonomia de Estados, Municípios e Distrito Federal na decisão quanto ao melhor desenho institucional para prestação dos serviços de sua titularidade parece-me problemática, ainda que sob o argumento da pretensão à unificação de normas e concessão de segurança jurídica aos investidores.

Como já referi, a competência da União na matéria, nos termos do artigo 23 da Carta Constitucional, refere-se à expedição de normas gerais. Nem o legislador constitucional nem mesmo esta Corte promoveram a definição categórica do que significa essa expressão, a ponto de estabelecer um parâmetro definitivo, mas na esteira de uma hermenêutica cooperativa, se a União não demonstra, de plano, que o tratamento da matéria pela via da centralização legislativa é aquela que melhor atende a concretização do direito fundamental em tela, então não verifico plausibilidade na retirada de parcela tão grande do poder decisório de outros titulares do serviço, a ponto de somente lhes restar acatar as normativas federais, sem espaço suficiente para o desenvolvimento de regras criativas por Estados e Municípios.

Quanto à temática da violação do artigo 241, ressalte-se que ele expressamente prevê a possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de gestão associada entre entes federativos.

Dentro dessa leitura, e nos termos da lei, muitos Municípios se organizavam dessa forma, contratando as CESB, entes já com expertise na regionalização da prestação, para o desempenho dessa tarefa. Essa possibilidade encontrava amparo na legislação vigente, como prevê o artigo 13 da Lei 11.105/05:

“Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as

obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§ 1º O contrato de programa deverá:

I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e

II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

§ 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:

I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos;

III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;

IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido;

V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

§ 3º É nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento,

regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

§ 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

(...)"

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

"O contrato de programa foi previsto no art. 13 da Lei 11.107/2005 e regulado no Dec. 6.107/2007 (arts. 30 a 35). Trata-se de um acordo de vontades pactuado por entes da federação entre si (diretamente ou mediante entidade da Administração indireta) ou com consórcio público, visando a regular gestão associada de serviços públicos.

Os contratos de programa são um instrumento específico para disciplinar a cooperação entre os entes da federação no tocante à gestão associada de serviços públicos. Esse é um tema especialmente agravado pelo crescimento das cidades. (...)

O contrato de programa disciplina o relacionamento entre os entes federativos titulares dos serviços públicos, inclusive para disciplinar eventuais transferências de encargos, bens, recursos ou pessoal.

O contrato de programa pode ser pactuado exclusivamente entre os entes federativos titulares dos serviços públicos geridos de modo associado. Mas também pode abranger o ente federativo (diretamente ou por sua entidade de sua Administração indireta) e um consórcio público.

A Lei 11.107/2005 proíbe a constituição de gestão

associada de serviço público mediante solução que não observe as formalidades e requisitos do contrato de programa. (...)

As características do contrato de programa evidenciam sua natureza de convênio. Tanto bastaria para configurar um caso de inexigibilidade de licitação. No entanto e para evitar controvérsia a Lei 11.107/2005 introduziu o inc. XXVI no art. 24 da Lei 8.666/1993, prevendo a dispensa de licitação.

(JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 390-391)

Depreende-se, portanto, que apesar de não mencionado especificamente com essa nomenclatura no texto constitucional, presta-se o contrato de programa disciplinado pela Lei nº 11.107/2005 a regular a delegação da prestação de serviço público a um ente integrante da Administração indireta de interesse dos entes que promoverão sua gestão associada, nos termos do artigo 241 da Constituição da República.

Portanto, é um instrumento a tornar possível a execução do serviço de gestão associada quando necessária a delegação para entidade controlada por um dos entes da federação.

A possibilidade de contratação por meio de contrato de programa sem procedimento licitatório prévio é regulada por meio de lei:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

(...)”

A legislação ora analisada não extingue a previsão de contratos de programa, apenas exclui sua utilização para a delegação do serviço de saneamento básico.

ADI 6492 / DF

Nas manifestações que defendem a restrição promovida pela lei, argumenta-se que o artigo 175 exige que se promova processo licitatório prévio à contratação, e que as CESB deverão participar desses processos em igualdade de condições com as demais empresas privadas.

No entanto, não se aventa a inconstitucionalidade da dispensa de licitação nessas hipóteses, eis que a previsão legal continua hígida. Logo, o decote promovido pela Lei 14.026, no intuito de compelir os Municípios a conceder os serviços de saneamento básico não passa no teste da razoabilidade, ao excluir opção legítima e constitucionalmente prevista para gestão associada dessa modalidade de serviço público, reduzindo em demasia o poder decisório inerente à consecução da autonomia prevista a esses entes federados pela Carta Magna.

Rememore-se a dicção dos artigos 23 e 30 do texto constitucional; com a devida vênia ao entendimento esposado pelo i. Relator, não visualizo neles que a competência municipal no que concerne ao saneamento básico seja somente relativo à execução do serviço, mas em se tratando de matéria de interesse também local, é preciso resguardar-lhe a autonomia decisória quanto ao melhor modelo para a prestação do serviço público, dentro das modalidades previstas pelo texto constitucional:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

(...)”

“Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de

concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
(...)”

Ainda, pertinente a citação dos artigos 1º e 18 do texto constitucional, a albergar o respeito ao pacto federativo:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.”

“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.
(...)”

Essa Corte já glosou legislação estadual que impedia a concessão dos serviços à iniciativa privada, para não tolher a autonomia municipal na matéria:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 3º DO ART. 210-A DA CONSTITUIÇÃO DO PARANÁ, ACRESCENTADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 24/2008. EXIGÊNCIA DE SEREM PRESTADOS OS SERVIÇOS LOCAIS DE SANEAMENTO E ABASTECIMENTO DE ÁGUA POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA SOB CONTROLE ACIONÁRIO E ADMINISTRATIVO DO ESTADO OU DO

MUNICÍPIO. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL: SANEAMENTO BÁSICO. INCS. I E V DO ART. 30 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.”

(ADI 4454, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 24-08-2020 PUBLIC 25-08-2020)

Aplico, portanto, o mesmo raciocínio: se não se pode compelir os Municípios a contratar entes da Administração Indireta estadual, também não se pode impor a celebração de contratos de concessão quando o ordenamento constitucional prevê outros meios para a prestação do serviço público, dentro da autonomia a eles conferida pela Constituição.

De outra parte, a possibilidade de privatização dos serviços já existia e era albergada pela legislação. Os Municípios e regiões metropolitanas podiam conceder a prestação do serviço à iniciativa privada. Logo, se já havia essa possibilidade e era exercitada por muitos entes municipais, não há como compreender que a prestação direta do serviço seja necessariamente a única responsável pela precariedade da situação do saneamento no País. Nem a privatização assegura a adequada prestação do serviço público, nem a prestação direta deve ser demonizada, mormente diante da tendência, como demonstrado nos autos, de estatização dessa modalidade de serviço público internacionalmente.

Dessa forma, entendo que se a Constituição prevê a possibilidade de prestação do serviço de saneamento básico à população também por meio de gestão associada manifestada por consórcio público ou convênio de cooperação, cuja operacionalidade se configura no contrato de programa entre entidades de entes federativos diferentes, conforme autorizado pelo artigo 241, compreendo que a vedação dessa possibilidade por meio de lei reduz o exercício da competência conferida aos Municípios pelo texto constitucional.

Assim, compreendo, pela quebra do pacto federativo, que são inconstitucionais: artigo 7º da Lei 14.026/2020, no que alterou arts. 8º, §1º,

9º, incisos I e II, 10, *caput*, da Lei 11.445/07; artigo 9º da Lei 14.026/2020, no que altera artigo 13, §8º da Lei 10107/05; e artigo 13 da Lei 14.026/20.

4.2. Da violação à autonomia municipal pela compulsoriedade fática das normativas da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico:

Nesse ponto, apresento divergência parcial em relação ao voto do i. Ministro Relator, também por visualizar violação ao disposto nos artigos 1º, 18, e 30, I, II e V, por compreender que, diante da possibilidade, que acima reconheci, de utilização pelo entes municipais de todos os arranjos constitucionalmente previstos para a prestação do serviço público de saneamento básico, contraria a autonomia federativa municipal a exigência de observância compulsória das normas de referência expedidas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico e de migração para o regime de concessão para a obtenção de financiamento da União no setor, o que se mostra desproporcional, excessivo e contrário ao objetivo de atendimento da população mais necessitada da prestação do serviço público de saneamento básico.

Os autores das duas primeiras ações também se voltam em face das novas atribuições normativas da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, também ao argumento de violação ao princípio federativo e às competências municipais.

Eis as modificações promovidas pela legislação ora em análise:

“Art. 3º. A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

§ 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre:

I - padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico;

II - regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico;

III - padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades;

IV - metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos;

V - critérios para a contabilidade regulatória;

VI - redução progressiva e controle da perda de água;

VII - metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados;

VIII - governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007;

IX - reúso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública;

X - parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico;

XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes;

XII - sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos

de saneamento básico;

XIII - conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 2º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico contemplarão os princípios estabelecidos no inciso I do caput do art. 2º da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e serão instituídas pela ANA de forma progressiva.

§ 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão:

I - promover a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, observados os princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da utilização racional dos recursos hídricos e da universalização dos serviços;

II - estimular a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços;

III - estimular a cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e a modicidade tarifária;

IV - possibilitar a adoção de métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades locais e regionais;

V - incentivar a regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços;

VI - estabelecer parâmetros e periodicidade mínimos para medição do cumprimento das metas de cobertura dos serviços e do atendimento aos indicadores de qualidade e aos padrões de potabilidade, observadas as peculiaridades contratuais e regionais;

VII - estabelecer critérios limitadores da sobreposição de

custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final, independentemente da configuração de subcontratações ou de subdelegações; e

VIII - assegurar a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

§ 4º No processo de instituição das normas de referência, a ANA:

I - avaliará as melhores práticas regulatórias do setor, ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios;

II - realizará consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como a possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas; e

III - poderá constituir grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios para auxiliar na elaboração das referidas normas.

§ 5º A ANA disponibilizará, em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico.

§ 6º A ANA avaliará o impacto regulatório e o cumprimento das normas de referência de que trata o § 1º deste artigo pelos órgãos e pelas entidades responsáveis pela regulação e pela fiscalização dos serviços.

§ 7º No exercício das competências a que se refere este artigo, a ANA zelará pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços, observado o disposto no inciso IV do § 3º deste artigo.

§ 8º Para fins do disposto no inciso II do § 1º deste artigo, as normas de referência de regulação tarifária estabelecerão os mecanismos de subsídios para as populações de baixa renda, a fim de possibilitar a universalização dos serviços, observado o

disposto no art. 31 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e, quando couber, o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários dos serviços.

§ 9º Para fins do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, as normas de referência regulatórias estabelecerão parâmetros e condições para investimentos que permitam garantir a manutenção dos níveis de serviços desejados durante a vigência dos contratos.

§ 10. Caberá à ANA elaborar estudos técnicos para o desenvolvimento das melhores práticas regulatórias para os serviços públicos de saneamento básico, bem como guias e manuais para subsidiar o desenvolvimento das referidas práticas.

§ 11. Caberá à ANA promover a capacitação de recursos humanos para a regulação adequada e eficiente do setor de saneamento básico.

§ 12. A ANA contribuirá para a articulação entre o Plano Nacional de Saneamento Básico, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos e o Plano Nacional de Recursos Hídricos.”

“Art. 4º-B. A ANA manterá atualizada e disponível, em seu sítio eletrônico, a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

§ 1º A ANA disciplinará, por meio de ato normativo, os requisitos e os procedimentos a serem observados pelas entidades encarregadas da regulação e da fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, para a comprovação da adoção das normas regulatórias de referência, que poderá ser gradual, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e a propiciar a

adequada preparação das entidades reguladoras.

§ 2º A verificação da adoção das normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico estabelecidas pela ANA ocorrerá periodicamente e será obrigatória no momento da contratação dos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal.”

(...)

Art. 7º A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 22. (...)

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA;

II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nos contratos de prestação de serviços e nos planos municipais ou de prestação regionalizada de saneamento básico;

III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e

IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários.” (NR)

“Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:

(...)

XI – medidas de segurança, de contingência e de emergência, inclusive quanto a racionamento;

(...)

XIII - procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular; e

XIV - diretrizes para a redução progressiva e controle das perdas de água.

§1º A regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora, e o ato de delegação explicitará a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

§ 1º-A. Nos casos em que o titular optar por aderir a uma agência reguladora em outro Estado da Federação, deverá ser considerada a relação de agências reguladoras de que trata o art. 4º-B da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, e essa opção só poderá ocorrer nos casos em que:

I - não exista no Estado do titular agência reguladora constituída que tenha aderido às normas de referência da ANA;

II - seja dada prioridade, entre as agências reguladoras qualificadas, àquela mais próxima à localidade do titular; e

III - haja anuência da agência reguladora escolhida, que poderá cobrar uma taxa de regulação diferenciada, de acordo com a distância de seu Estado.

§ 1º-B. Selecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços, ela não poderá ser alterada até o encerramento contratual, salvo se deixar de adotar as normas de referência da ANA ou se estabelecido de acordo com o prestador de serviços.

(...)

§4º No estabelecimento de metas, indicadores e métodos de monitoramento, poderá ser utilizada a comparação do desempenho de diferentes prestadores de serviços.” (NR)

(...)

“Art. 50. (...)

I - (...)

a) desempenho do prestador na gestão técnica, econômica e financeira dos serviços; e

b) eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos de saneamento básico;

II - à operação adequada e à manutenção dos empreendimentos anteriormente financiados com os recursos mencionados no **caput** deste artigo;

III - à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA;

IV - ao cumprimento de índice de perda de água na distribuição, conforme definido em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional;

V - ao fornecimento de informações atualizadas para o Sinisa, conforme critérios, métodos e periodicidade estabelecidos pelo Ministério do Desenvolvimento Regional;

VI - à regularidade da operação a ser financiada, nos termos do inciso XIII do **caput** do art. 3º desta Lei;

VII - à estruturação de prestação regionalizada;

VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada; e

IX - à constituição da entidade de governança federativa no prazo estabelecido no inciso VIII do **caput** deste artigo.

§1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do

Estado, e os investimentos que visem ao atendimento dos Municípios com maiores déficits de saneamento cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços.

(...)

§ 5º No fomento à melhoria da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, a União poderá conceder benefícios ou incentivos orçamentários, fiscais ou creditícios como contrapartida ao alcance de metas de desempenho operacional previamente estabelecidas.

(...)

§ 8º **A manutenção das condições e do acesso aos recursos referidos no caput deste artigo dependerá da continuidade da observância dos atos normativos e da conformidade dos órgãos e das entidades reguladoras ao disposto no inciso III do caput deste artigo.**

§ 9º A restrição de acesso a recursos públicos federais e a financiamentos decorrente do descumprimento do inciso III do **caput** deste artigo não afetará os contratos celebrados anteriormente à sua instituição e as respectivas previsões de desembolso.

§ 10. O disposto no inciso III do **caput** deste artigo não se aplica às ações de saneamento básico em:

I - áreas rurais;

II - comunidades tradicionais, incluídas áreas quilombolas; e

III - terras indígenas.

§ 11. A União poderá criar cursos de capacitação técnica dos gestores públicos municipais, em consórcio ou não com os Estados, para a elaboração e implementação dos planos de saneamento básico.

§ 12. (VETADO).” (NR)

Esta Corte já delineou de forma bastante exaustiva o poder normativo das agências reguladoras:

“EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº 14/2002. PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO TABACO CONTENDO ADITIVOS. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REGULAÇÃO SETORIAL. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA. RAZOABILIDADE. CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USO DO TABACO – CQCT. IMPROCEDÊNCIA. 1. Ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Lei nº 9.782/1999 delinea o regime jurídico e dimensiona as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia especial. 2. **A função normativa das agências reguladoras não se confunde com a a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF).** 3. **A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial. Precedentes: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF,**

Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014.

4. Improcedência do pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, XV, parte final, da Lei nº 9.782/1999, cujo texto unívoco em absoluto atribui competência normativa para a proibição de produtos ou insumos em caráter geral e primário. Improcedência também do pedido alternativo de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, III, da Lei nº 9.782/1999, que confere à ANVISA competência normativa condicionada à observância da legislação vigente. (...)”

(ADI 4874, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

Compreendo que o que importa é saber se é possível que as normativas a serem expedidas pela agência federal venham a exaurir a competências dos Municípios na regulação da matéria referente a serviço público de sua titularidade, não lhes restando praticamente nada a regulamentar, além do agravante de condicionar a obtenção de recursos federais por meio da obediência às regras da ANA.

A elaboração de normas gerais pela União em matéria de licitações e contratos, aliada à competência comum na temática do saneamento básico, em meu sentir, autorizam a elaboração de normas a orientar Estados, Municípios e Distrito Federal na temática.

No julgamento da ADI 927 MC, esta Corte compreendeu, no entanto, que o tratamento dos bens estaduais por meio de legislação federal, ao argumento de se tratar de norma geral (no caso, a Lei nº 8.666/1993) desbordava do conceito e violava o pacto federativo.

Voltando ao tema em tela, as entidades que defendem a manutenção da lei asseveram que a uniformidade regulatória é essencial ao setor, e que não se trata de normativa de observância cogente, mas do exercício

ADI 6492 / DF

de um *soft power*, a incentivar a adoção dos mecanismos regulatórios federais para obtenção de recursos provenientes desse ente federado.

No entanto, permitir que a União, ente financiador por excelência do saneamento básico no País, inclusive porque arrecada mais recursos, como esta Corte já asseverou tantas vezes na apreciação de conflitos federativos de natureza financeira, estrangule a competência decisória dos demais entes, sob pena de vedação ao acesso a recursos, consiste em verdadeira chantagem, a impedir o exercício de atribuição constitucionalmente conferida ao ente.

A atribuição conferida à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, por si só, cumpre o disposto no artigo 174 do texto constitucional, razão pela qual a atribuição de conteúdo de natureza eminentemente regulatória (cláusulas mínimas contratuais, metas para alcance da universalização, regras mínimas tarifárias, dentre outras) não extravasam sua competência constitucional.

No entanto, diante da possibilidade, acima traçada, de utilização pelo entes municipais, de todos os arranjos constitucionalmente previstos para a prestação do serviço público de saneamento básico, ressalto que, sem ferir a autonomia municipal, não se demonstra a proporcionalidade da legislação que impõe a opção pela desestatização venha a concretizar de modo mais rápido e eficiente os direitos fundamentais envolvidos. Assim, não antevejo possibilidade legítima de exigir o abandono, pelos entes municipais, de parcela imensa de suas atribuições constitucionais na matéria, para receber o devido financiamento, que virá, ao final, em benefício da população mais desassistida.

Não compreendo que o ente federal não possa estabelecer condicionantes ao repasse de recursos voluntários aos demais entes da federação, nos termos do artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Entretanto, impor normativas excessivas a entes que também possuem competência para gerir o serviço público de saneamento básico, deixando-lhes sem qualquer margem decisória – pois a opção será a prestação direta e sem incentivos, ou a concessão do serviço e observância das regras da ANA para obtenção do financiamento com recursos

ADI 6492 / DF

federais – prejudicando quem mais necessita da expansão dos serviços relacionados ao saneamento básico, é exigência desproporcional e que contraria fortemente a lealdade federativa que se espera seja observada por todos os entes.

A restrição à autonomia constitucionalmente conferida aos entes subnacionais (artigo 18 da Constituição) deve ser dedutível do texto constitucional. No entanto, as exigências formuladas pela Lei nº 14.026/2020, que na prática fazem com que as regras regulatórias da ANA sejam condição inafastável para a obtenção de financiamento, mostram-se deveras excessivas, desproporcionais, e deixam de cumprir o objetivo de aumentar os investimentos na prestação do saneamento básico sem desnaturar a competência que possui o Município, nos termos do artigo 30, inciso I, II e V do texto constitucional.

O serviço de saneamento básico é prestado no interesse de toda a população, especialmente aquelas mais vulneráveis, mais expostas aos riscos à vida e saúde diante da ausência de adequado abastecimento de água potável, recolhimento e tratamento do esgoto, e limpeza pública. Não é possível que a lei restrinja a autonomia dos Municípios e Estados, sob pena de deixar justamente essa parcela da população por mais décadas sem a prestação do serviço adequado.

Assim, pelas mesmas razões elencadas no tópico anterior, reputo ser necessária interpretação conforme aos artigos 3º, no que inclui os artigos 4º-A e 4º-B na Lei 9984/00; artigo 7º, no que altera os artigos 22, 23 e 50 da Lei nº 11445/07, todos da Lei 14.026/20, para que respeitem o disposto no artigo 30 do texto constitucional, vedando a impossibilidade de acesso aos recursos federais pela não observância cogente das normativas da ANA.

5. Dos contratos em vigor:

Também nesse ponto divirjo do i. Relator, por compreender que a previsão de novas exigências para a manutenção dos atuais contratos de

ADI 6492 / DF

programa por legislação federal, de forma compulsória e sem a previsão de concordância do titular do serviço público, viola os artigos 1º, 18, 30, I, II e V, e 5º, XXXVI.

A novel legislação promove interferência nos contratos de programa em vigor, estabelecendo condições que não constavam das avenças anteriores, ao arrepio da anuência do ente que detém a titularidade do serviço a ser prestado.

Eis a redação dos dispositivos:

“Art. 7º A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

§ 1º (Revogado).

I - (revogado).

a) (revogada).

b) (revogada).

II - (revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º **Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual.**”

(NR)

“Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições:

I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos

serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados;

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável;

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

§ 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 3 de setembro de 1996.

§ 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.”

“Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão

condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.

Parágrafo único. A metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada será regulamentada por decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.”

“Art. 11. (...)

(...)

II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;

(...)

V - a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico.

(...)

§ 2º (...)

II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de redução progressiva e controle de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados e com o respectivo plano de saneamento básico;

(...)

§5º 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.” (NR)

Como acima compreendi pela possibilidade de manutenção da forma de contratação por meio de contratos de programa, compreendo

ADI 6492 / DF

ser necessária a adaptação dos artigos citados, pois, pelo meu entendimento, não haveria risco ao ato jurídico perfeito diante da manutenção da legalidade dos contratos vigentes sob essa modalidade, nos termos da lei de regência.

No entanto, ressalto que o respeito às normativas gerais por parte da União não pode atingir avenças em andamento, contratadas por outros entes federativos, ainda mais se assim eles não optarem, pois por mais que se considere a possibilidade de alteração contratual pelo poder concedente, com o respeito às garantias da manutenção do equilíbrio contratual, é deveras complexa a possibilidade de que outro ente, no caso o federal, venha a intervir de forma tão incisiva, em contratos ou convênios firmados pelo Municípios ou mesmo Estados.

Sobre a necessidade de respeito aos termos contratuais em face de mudanças legislativas, essa Corte já decidiu:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NORMA ATACADA – ALTERAÇÃO – PREJUÍZO. A superveniente modificação da norma impugnada, sem aditamento à inicial, implica o prejuízo do controle concentrado de constitucionalidade. **PLANOS DE SAÚDE – REGÊNCIA – OBSERVÂNCIA. Os planos de saúde submetem-se aos ditantes constitucionais, à legislação da época em que contratados e às cláusulas deles constantes** – considerações.”

(ADI 1931, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 07-06-2018 PUBLIC 08-06-2018)

Assim, a Constituição assegura o cumprimento dos contratos nos termos que as partes pactuaram, e embora eles efetivamente possam ser modificados no curso de sua validade, esse procedimento não pode ocorrer à revelia do Município que promoveu a contratação, de acordo com as necessidades locais.

Promovo, portanto, a interpretação conforme aos artigos 5º, XXXVI (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa

ADI 6492 / DF

julgada), e 30, incisos I, II e V da Carta Constitucional, já citados, quanto aos contratos de programa regularmente vigentes, a fim de que as alterações promovidas pelos artigos 10-A e 10-B da Lei 11.445/07, modificados pela Lei 14.026/20, somente sejam válidas se pactuadas entre o poder concedente e a empresa prestadora do serviço, se contratado antes da vigência da lei ora impugnada.

6. Possibilidade de subdelegação dos Contratos de Programa:

Os Partidos autores da ADI 6536 compreendem que o novo art. 11-A da Lei n. 11.445/07, introduzido pelo art. 7º, Lei n. 14.026/2020, busca constitucionalizar a possibilidade de subdelegação total do Contrato de Programa por meio de previsão contratual ou autorização expressa do titular de serviços.

Nesse tópico, também apresento divergência em relação ao voto do i. Relator, como consequência da possibilidade que visualizei de manutenção dos contratos de programa para prestação de serviço público por meio de gestão associada, nos termos do artigo 241 do texto constitucional, firmados exclusivamente entre entes federativos.

Alega a União que, da leitura do dispositivo, depreende-se que seu âmbito de aplicação seriam os contratos submetidos a prévia licitação para concessão do serviço público, não se aplicando aos contratos de programa advindos de convênios ou consórcios.

Cito os termos do dispositivo impugnado:

"Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato.

§ 1º A subdelegação fica condicionada à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 2º Os contratos de subdelegação disporão sobre os limites da sub-rogação de direitos e obrigações do prestador de serviços pelo subdelegatário e observarão, no que couber, o disposto no § 2º do art. 11 desta Lei, bem como serão precedidos de procedimento licitatório.

§ 3º Para a observância do princípio da modicidade tarifária aos usuários e aos consumidores, na forma da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ficam vedadas subconcessões ou subdelegações que impliquem sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final.

§ 4º Os Municípios com estudos para concessões ou parcerias público-privadas em curso, pertencentes a uma região metropolitana, podem dar seguimento ao processo e efetivar a contratação respectiva, mesmo se ultrapassado o limite previsto no caput deste artigo, desde que tenham o contrato assinado em até 1 (um) ano.

§ 5º (VETADO).

§ 6º Para fins de aferição do limite previsto no caput deste artigo, o critério para definição do valor do contrato do subdelegatário deverá ser o mesmo utilizado para definição do valor do contrato do prestador do serviço.

§ 7º Caso o contrato do prestador do serviço não tenha valor de contrato, o faturamento anual projetado para o subdelegatário não poderá ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento anual projetado para o prestador do serviço."

Esse raciocínio aplica-se à hipótese na qual os contratos de programa não mais poderiam ser utilizados para a delegação de serviços de saneamento básico. Como não compartilho desse entendimento, pelas razões acima já declinadas, promovo interpretação conforme à Constituição ao artigo, a fim de compreender que o contrato exposto no

caput é aquele firmado nos termos do art. 175, cuja legislação regulamentadora prevê a possibilidade de subdelegação contratual a entidades da iniciativa privada, o que é vedado em caso de contrato de programa, eis que firmado exclusivamente com entidade integrante da Administração indireta de ente federado.

7. Da atribuição de distintas competências aos servidores da ANA:

A nova legislação introduz atribuições regulatórias aos servidores da ANA que não constavam da descrição original de suas competências, aquelas para as quais prestaram concurso público:

“Art. 5º A Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º Ficam criados, no quadro de pessoal da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), os seguintes cargos efetivos, integrantes de carreiras de mesmo nome, e respectivos quantitativos:

I - 239 (duzentos e trinta e nove) cargos de Especialista em Regulação de Recursos Hídricos e Saneamento Básico;

.....
....." (NR)

"Art. 3º É atribuição do cargo de Especialista em Regulação de Recursos Hídricos e Saneamento Básico o exercício de atividades de nível superior de elevada complexidade relativas à gestão de recursos hídricos, que envolvam:

I - regulação, outorga, inspeção, fiscalização e controle do uso de recursos hídricos e da prestação de serviços públicos na área de saneamento básico;

II - elaboração de normas de referência para a regulação do uso de recursos hídricos e da prestação dos serviços públicos

de saneamento básico;

III - implementação e avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos;

IV - análise e desenvolvimento de programas e projetos sobre:

a) despoluição de bacias hidrográficas;

b) eventos críticos em recursos hídricos; e

c) promoção do uso integrado de solo e água;

V - promoção de ações educacionais em recursos hídricos;

VI - promoção e fomento de pesquisas científicas e tecnológicas nas áreas de desenvolvimento sustentável, conservação e gestão de recursos hídricos e saneamento básico, envolvendo a promoção de cooperação e a divulgação técnico-científica, bem como a transferência de tecnologia nas áreas; e

VII - outras ações e atividades análogas decorrentes do cumprimento das atribuições institucionais da ANA.

§ 1º (Revogado).

§ 2º No exercício das atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia, são asseguradas aos ocupantes do cargo efetivo de que trata **o caput** deste artigo as prerrogativas de promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções." (NR)

Esta Suprema Corte entendeu pela ausência de ofensa ao princípio do concurso público (art. 37, II, CRFB) quando a administração reorganiza carreira, desde que não se modifique a correspondência entre atribuições e níveis de escolaridade exigidos entre as carreiras extintas e as criadas. Neste sentido:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 E PARÁGRAFOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 43, DE 25.06.2002, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.549 , DE 13.11.2002. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE

ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, CAPUT; 62, § 1º, III; 37, II E 131, § 2º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de ilegitimidade ativa "ad causam" afastada por tratar-se a Associação requerente de uma entidade representativa de uma categoria cujas atribuições receberam um tratamento constitucional específico, elevadas à qualidade de essenciais à Justiça. Precedentes: ADI nº 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI nº 809, Rel. Min. Marco Aurélio. Presente, de igual modo, o requisito da pertinência temática, porquanto claramente perceptível a direta repercussão da norma impugnada no campo de interesse dos associados representados pela autora, dada a previsão de ampliação do Quadro a que pertencem e dos efeitos daí decorrentes. Não encontra guarida, na doutrina e na jurisprudência, a pretensão da requerente de violação ao art. 131, caput da Carta Magna, uma vez que os preceitos impugnados não afrontam a reserva de lei complementar exigida no disciplinamento da organização e do funcionamento da Advocacia-Geral da União. Precedente: ADI nº 449, Rel. Min. Carlos Velloso. Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 131, § 2º). **É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame apontam para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso.** Precedente: ADI nº 1.591, Rel. Min. Octavio Gallotti. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 2713, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 18.12.2002)

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA LEI

COMPLEMENTAR 156/2010; ARTIGO 1º, VI, DO DECRETO 39.921/2013; E ARTIGO 2º, §§ 1º, 2º E 3º, DA PORTARIA GAB-SDS 1.967/2010, TODOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. TRANSFORMAÇÃO DO CARGO DE DATILOSCOPISTA POLICIAL NO CARGO DE PERITO PAPILOSCOPISTA DA POLÍCIA CIVIL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. IMPUGNAÇÃO DA TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO, DOS ESTADOS-MEMBROS E DO DISTRITO FEDERAL PARA DISPOR SOBRE ORGANIZAÇÃO, GARANTIAS, DIREITOS E DEVERES DAS POLÍCIAS CIVIS (ARTIGO 24, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). O ROL DE PERITOS DE NATUREZA CRIMINAL PREVISTO NA LEI FEDERAL 12.030/2009 NÃO É EXAUSTIVO. AUSÊNCIA DE INTERFERÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL. ALEGADA MODIFICAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES E NÍVEIS DE ESCOLARIDADE EXIGIDOS PARA CARGO PREEEXISTENTE AO CONFERIR-LHE DENOMINAÇÃO DE CARGO RECÉM-CRIADO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO. 1. O artigo 3º da Lei Complementar 156/2010; o artigo 1º, VI, do Decreto 39.921/2013; e o artigo 2º, §§ 1º, 2º e 3º, da Portaria GAB-SDS 1.967/2010, todos do Estado de Pernambuco, transformaram o cargo de datiloscopista policial no cargo de perito papiloscopista da polícia civil e disciplinaram suas atribuições. 2. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis (artigo 24, XVI, da Constituição Federal). 3. O artigo 5º da Lei federal 12.030/2009, ao dispor sobre os peritos de natureza criminal, expressamente ressaltou a necessidade de observância das disposições específicas da legislação de cada ente federado. Os Estados-membros podem legitimamente disciplinar as carreiras de peritos de natureza criminal e seu regime jurídico para atender a suas peculiaridades, inclusive criando especialidade não prevista na

legislação federal. 4. A alteração da organização administrativa da polícia civil não interfere no Direito Processual Penal. O artigo 11 c/c artigo 7º, VIII, da Lei Complementar 137/2008 do Estado de Pernambuco já exigia diploma de curso superior para os datiloscopistas policiais, de forma que não há conflito com o disposto no artigo 159 do Código de Processo Penal. **5. As normas impugnadas não modificaram o nível de escolaridade exigido para o ingresso no cargo de datiloscopista policial, transformado no cargo de perito papiloscopista. A exigência de diploma de curso superior para os datiloscopistas policiais já existia na redação original do artigo 11 c/c artigo 7º, VIII, da Lei Complementar 137/2008 do Estado de Pernambuco, não atacados na presente ação.** Ausência de impugnação da totalidade do complexo normativo que rege a matéria. 6. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgado improcedente o pedido, restando prejudicado o agravo regimental na medida cautelar.”

(ADI 5182, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 19-03-2020 PUBLIC 20-03-2020)

Assim, e também pelo princípio da colegialidade, é de se compreender inexistir violação ao disposto no artigo 37, inciso II, da Carta Magna.

Também, diante da ausência de criação de despesas, não há contrariedade ao disposto no artigo 113 do ADCT.

Nesse ponto, acompanho o voto do i. Relator.

Em síntese:

As preocupações com a eficiente prestação do serviço público de saneamento básico, a fim de encerrar a triste realidade na qual muitos brasileiros permanecem sem acesso à água potável e ao tratamento de esgoto, expostos a indignas condições de vida e a grande de risco de doenças, permearam as modificações introduzidas pela Lei nº

ADI 6492 / DF

14.026/2020, que está em debate nesse momento por este Colegiado, e também, como não poderia deixar de ser, perpassam as inquietudes que demonstrei na leitura desse voto.

No entanto, ainda que compreensíveis as razões pelas quais se editou uma atualização nas legislações então vigentes a respeito da prestação desse serviço público de relevância inestimável, entendo que o respeito às regras constitucionais que definem o igual respeito a todos os entes que compõem a Federação – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – deve ser ponto de partida para todas as discussões que se referem à correta distribuição das atribuições de legislar, planejar, decidir e executar os serviços públicos, especialmente aqueles de competência comum, nos termos do artigo 23 da Carta Magna.

Por compreender a imperiosidade de um modelo que promova a melhor eficiência no atendimento daqueles que, efetivamente, mais sofrem com a ausência de saneamento adequado, mas sem retirar dos entes federativos a competência de decidir, de acordo com a realidade local e nos termos das propostas sob as quais também foram eleitos pela população, é que compreendi que os dispositivos abaixo elencados, conforme exposto ao longo do voto, não estão de acordo com o texto da Constituição da República.

Assim, quanto às Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.492 (ajuizada em face dos arts. 3º, 5º, 7º, 11 e 13 da Lei nº 14.026/2020), nº 6.536 (ajuizada em face da integralidade da Lei Federal 14.026/2020), nº 6.583 (proposta em face dos artigos 2º, 3º, 4º, 7º, 9º, 11, 13 e 15 da Lei 14.026/2020), e nº 6.882 (em face dos artigos 7º e 9º da Lei Federal 14.026/2020); analisando as matérias abordadas em cada uma, julgo parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.492, 6.536 e 6.583, e procedente a ação direta de inconstitucionalidade nº 6.882, para:

1. Declarar inconstitucionais, pela quebra do pacto federativo no que concerne à exclusão da possibilidade conferida pela Constituição, da

ADI 6492 / DF

utilização do contrato de programa como instrumento de gestão associada do saneamento público pelos Municípios: artigo 7º da Lei 14.026/2020, no que alterou arts. 8º, §1º, 9º, incisos I e II, 10, *caput*, da Lei 11.445/07; artigo 9º da Lei 14;026/2020, no que altera artigo 13, §8º da Lei 10107/05; e artigo 13 da Lei 14.026/20.

2. Promover interpretação conforme aos artigos 3º, no que inclui os artigos 4º-A e 4º-B na Lei 9984/00; artigo 7º, no que altera os artigos 22, 23 e 50 da Lei nº 11445/07, todos da Lei 14.026/20, para que respeitem o disposto no artigo 30 do texto constitucional, vedando a impossibilidade de acesso aos recursos federais pela não observância cogente das normativas da ANA, diante da ofensa à autonomia dos entes federados da forma como conferida pela Carta Magna.

3. Promover a interpretação conforme aos artigos 5º, XXXVI e 30, incisos I, II e V da Carta Constitucional, quanto aos contratos de programa regularmente vigentes, a fim de que as alterações promovidas pelos artigos 10-A e 10-B da Lei 11.445/07, modificados pela Lei 14.026/20, somente sejam válidas se pactuadas entre o poder concedente e a empresa prestadora do serviço, se contratado antes da vigência da lei ora impugnada, diante da garantia constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito.

4. Promover interpretação conforme ao artigo 11-A da Lei 11445/07, incluído pela Lei 14.026/20, a fim de compreender que o contrato exposto no *caput* é aquele firmado nos termos do art. 175, cuja legislação regulamentadora prevê a possibilidade de subdelegação contratual a entidades da iniciativa privada, uma vez que os contratos de programa são firmados entre entidades da Administração Pública e não admitem, por sua própria natureza, delegação a particulares.

É como voto.