

INFRA

O embate sobre a (in)constitucionalidade do novo marco legal do saneamento

Posicionamento definitivo do STF nas ADIs é importante para sedimentar as discussões remanescentes



• **PAULO HENRIQUE SPIRANDELI DANTAS**



• **BIANCA SOARES SILVA CORREIA**

25/09/2020 06:00



Obras de saneamento no município de Contagem, Minas Gerais. Crédito: Ricardo Lima/ Prefeitura Contagem/ Divulgação

Os péssimos índices do saneamento básico no Brasil não são novidade, mas esse assunto ganhou proeminência no último ano, motivado pelo trâmite do Projeto de Lei nº 4.162/2019, que deu origem à atualização

do Marco Legal do Saneamento Básico, consolidado por meio da Lei Federal nº 14.026/2020.

Vista com grande interesse por toda a sociedade, a aprovação dessa Lei não deixou de suscitar críticas, algumas das quais ocorreram na forma de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (“ADI”). Não se descarta, no entanto, a possibilidade de novos embates jurídicos, tendo em vista o estudo realizado pela Roland Berger¹, que aponta que 60% dos contratos das estatais que atuam no setor estão ameaçados pelas diretrizes do novo diploma normativo.

A primeira a ser ajuizada foi a ADI nº 6492, a respeito da qual o Supremo Tribunal Federal (“STF”) somente se manifestou para negar o pedido de medida cautelar formulado. A ADI nº 6536, mais recente, ainda não foi apreciada em quaisquer de seus pedidos, de sorte que a análise da constitucionalidade do Novo Marco Legal do Saneamento permanece sem resposta definitiva.

A ADI nº 6492 impugna os arts. 3º, 5º, 7º, 11 e 13 da nova Lei, e requer interpretação conforme a Constituição Federal (“CF/88”) do art. 22, IV. O art. 3º atribui à Agência Nacional de Águas (“ANA”) competência para estabelecer normas de referência sobre regulação tarifária e padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços de saneamento básico.

Argumenta-se que esse dispositivo mitigaria a competência dada aos Municípios pelos arts. 18, 29, *caput*, 30, incisos I e V da Constituição Federal (“CF/88”). Estes, por sua vez, tratam: (i) da autonomia dos entes federativos; (ii) da regência dos municípios por lei orgânica municipal; e (iii) da competência dos Municípios para legislar sobre assunto de interesse local, assim como para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local.

Da mesma forma, os artigos 5º e 11 da Lei Federal nº 14.026/2020, ao alterarem as Leis nº 9.984/2000, 11.445/2007 e 12.305/2010, que regulam o serviço de saneamento básico, violariam o texto constitucional ao mitigar a autonomia dos Municípios na matéria. Ainda por essa razão, também foi questionado o mecanismo de condicionamento de repasses da União à permanência dos Municípios na Unidade Regional de Saneamento Básico.

Os arts. 5º e o art. 7º do Novo Marco Legal do Saneamento também foram enfrentados pela ADI nº 6492, em razão da criação de cargos de Especialista em Regulação de Recursos Hídricos e Saneamento Básico

nos quadros de pessoal da ANA e do Comitê Interministerial de Saneamento Básico (“CISB”) sem estudo de impacto econômico, financeiro e orçamentário, o que violaria o art. 113 do Ato das Disposições Transitórias (“ADCT”), que faz essa exigência para a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória.

O art. 7º da Lei Federal nº 14.026/2020 é apontado, na verdade, como causador de inconstitucionalidade sistêmica ao vedar, juntamente com os arts. 13, 14 e 18, a utilização de contratos de programa, já que violaria diversos dispositivos constitucionais. Dentre esses, destaca-se: (i) o art. 5º, XXXVI da CF/88, que prevê a inviolabilidade ao ato jurídico perfeito; e (ii) o art. 241 da CF/88, que autoriza que os entes federativos disciplinem por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre eles, na medida em que constituiria empecilho às formas de interação entre os entes públicos para prestação de serviço.

Por fim, argumenta-se pela violação ao art. 3º, III da CF/88, que dispõe sobre o objetivo fundamental de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Isso porque o seu cumprimento decorreria da superação do estado liberal pelo estado social. Requer-se, ainda, a interpretação do art. 22, IV conforme a CF/88, para que as tarifas subam de acordo com o salário mínimo, e, assim, seja dado efetivo prestígio ao princípio constitucional da universalização do serviço de saneamento básico, de modo a garantir que os cidadãos não sejam onerados com a intensificação da “mercancia da água”.

Ao proferir a decisão que negou a antecipação de tutela da ADI nº 6492, o Ministro do STF Luiz Fux deu pistas sobre o entendimento a ser adotado na análise do mérito da ação. Segundo ele: “*A realidade alarmante de precariedade sanitária no Brasil exige uma atuação imediata, concertada e eficiente do poder público*”, dando a entender que o Novo Marco Legal do Saneamento seria o meio para essa atuação.

Além disso, afastou a alegação de violação ao pacto federativo nos seguintes termos: “*Como reiteradamente afirmado por este Tribunal, a Federação não pode servir de escudo para se deixar a população à míngua dos serviços mais básicos à sua dignidade, ainda que a pluralidade e especificidades locais precisem ser preservadas*”. Também invoca a decisão proferida na ADI nº 1842 para destacar que: “*a Federação atual exige a gestão compartilhada entre os entes em prol de se promover direitos e eficiência estatal*”.

Em relação à alegada concentração regulatória da ANA, o Ministro Luiz Fux entende ser necessário analisar mais profundamente a questão, mas assevera que *“A medida, a princípio, pretende solucionar os riscos gerados pela sobreposição de entidades reguladoras. Ainda que, em certos casos, a coexistência seja benéfica e consentânea com a complexidade inerente a alguns sistemas, pode ser ineficiente, ao causar inconsistências, onerar excessivamente o usuário ou comprometer a clareza das diretrizes. Há, ainda, o risco de colapso das regras regulatórias em razão da dependência regulatória, em que a busca por legitimidade de cada agência por seu mandato é moldada pela conduta das outras, na contramão de uma cooperação regulatória”*.

Por fim, ao analisar o alegado risco à modicidade da tarifa causada pela transferência do serviço de saneamento para a iniciativa privada, faz uma defesa contundente da livre iniciativa e da livre concorrência: *“sobretudo quando em benefício de uma prestação mais adequada de um serviço público que demanda investimentos vultosos, de longo prazo e de baixo retorno político”*.

A ADI nº 6536, por sua vez, busca a declaração de inconstitucionalidade da integridade do texto da Lei Federal nº 14.026/2020, com efeitos retroativos, sustentando que há diversas inconstitucionalidades sistêmicas no texto. Dentre os argumentos é possível destacar os seguintes:

(i) a criação de novas competências para a ANA implicaria em prejuízo para as competências já desempenhadas pelo seu quadro de pessoal que, qualificado para as competências originais, não teria conhecimento técnico para as novas competências de saneamento;

(ii) haveria desvio de finalidade dos servidores titulares do cargo público de Especialista em Regulação de Recursos Hídricos na estrutura originária da ANA, pois isso atentaria contra o princípio da legalidade e do concurso público (art. 37, caput, e inciso II, CF/88), posto que a lei ordinária não poderia subordinar o servidor de cargo efetivo ao exercício de novas atribuições inexistentes no momento de sua investidura, além da existência de vedação legal à realização de concurso público até 31 de dezembro de 2021 (art. 8º, inciso V, Lei Complementar nº 173/2020);

(iii) haveria quebra do Pacto Federativo no estabelecimento do Governo Federal como detentor da maioria dos recursos financeiros que podem ser alocados ao setor, e na transferência de competência legislativa para autarquia pública federal, quando a CF/88 a atribui aos Municípios;

(iv) haveria impedimento de que uma administração pública coopere com outra para que haja prestação direta (*in house providing*), o que força a administração a privatizá-la (*privatisation forcée*), o que comprometeria subsídio cruzado entre os sistemas municipais superavitários e deficitários, e, em última análise, o princípio fundamental do Federalismo Cooperativo;

(v) também violaria o pacto federativo a redução das prerrogativas dos Municípios, titulares dos serviços de saneamento básico, na medida e, que comprometeriam o legítimo exercício da autonomia municipal (auto-gestão, autoadministração e autogoverno) e a decisão sobre qual forma de prestação atende melhor o interesse público diante da singularidade local.

Ainda que, na decisão que negou o pedido de medida cautelar formulado na ADI nº 6492, o Ministro Luiz Fux tenha tido o cuidado de afirmar que “*É inegável que o desenho normativo do marco regulatório de um setor tão sensível a todos os brasileiros não pode ser isento a um controle social e jurídico rigorosos, sobretudo diante dos imperativos constitucionais de universalização, adequação e eficiência*”, é possível notar, em suas palavras, uma inclinação ao afastamento das alegações de inconstitucionalidade constante do novo Marco Legal do Saneamento Básico, também favorecido pelo contexto sócio-político atual.

O posicionamento definitivo do STF nessas ADIs é importante para sedimentar as discussões remanescentes e, então, promover a estabilidade jurídica necessária ao desenvolvimento do setor. Além disso, a confirmação da tendência pela constitucionalidade da norma pode incentivar os investimentos privados num momento de retomada econômica e, com isso, favorecer o cumprimento do audacioso objetivo de universalização dos serviços até o ano de 2033.

É preciso aprender as lições decorrentes do insucesso do *antigo* Marco Legal do Saneamento Básico, cujos objetivos foram significativamente comprometidos pela constante instabilidade regulatória e pela falta de articulação entre os setores público e privado. Nesse sentido, importa também reformular a ideia de antagonismo da relação público-privada e reconhecer que há um caminho para a cooperação entre os envolvidos.

<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/09/17/nova-lei-do-saneamento-ameaca-contratos-de-60-das-estatais.ghtml> (Último acesso em 18/09/2020)

PAULO HENRIQUE SPIRANDELI DANTAS – Pós-Graduação em Direito e Economia pela Universidade de Utrecht, Holanda (2007). Especialização em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (2006) e Graduação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Advogado das áreas de Direito Administrativo e Compliance do Castro Barros Advogados, Membro da Comissão de Infraestrutura da OAB/SP e Membro da Royal Institution of Chartered Surveyors (MRICS).

BIANCA SOARES SILVA CORREIA – Mestrado em Direito Administrativo (em curso) e Graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2013). Advogada das áreas de Direito Administrativo e Compliance do Castro Barros Advogados. Integrante da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP e do Infrawomen.