

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

PARTIDO DOS TRABALHADORES, partido político com registro definitivo perante o Tribunal Superior Eleitoral – TSE (Resolução nº. 11.165, de 11 de junho de 1982), com representação no Congresso Nacional, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por meio de seu Diretório Nacional, na forma do artigo 116, inciso XIII, de seu Estatuto Social (doc. 01), inscrito no CNPJ nº: 00.676.262/0001-70, com sede no Setor Comercial Sul – Quadra 02 Bloco C nº 256, Edifício Toufic, 1º andar, CEP 70302-000 – Brasília/DF, representado pela sua Presidenta **GLEISI HELENA HOFFMANN**, brasileira, casada, Senadora da República (PT/PR), portadora de cédula de identidade RG nº 3.996.866-5 SSP/PR, inscrita no CPF sob nº 676.770.619-15, por meio dos advogados abaixo subscritos, com Procuração a ser apresentada dentro do prazo legal (art. 104, CPC), com fulcro nos arts. 102, inciso I, alínea “a” e 103, inciso VIII, ambos da Constituição Federal e no que dispõe a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, ajuizar a presente

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
COM
PEDIDO DE LIMINAR**

em face da edição da Medida Provisória nº 844, de 6 de julho de 2018, que “Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, e a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (PL 7361/06 e PLS 219/16), para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País”.

I – DOS DISPOSITIVOS LEGAIS INQUINADOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Presidente da República submeteu ao Congresso Nacional a Medida Provisória nº 844, editada em 6 de julho de 2018 - MP 844/2018 – que, conforme sua ementa: “Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, e a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País” (**Doc. 02**).

Com efeito, diversos dispositivos desta Medida são eivados de inconstitucionalidade, conforme se demonstrará na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, por afronta às seguintes previsões da Constituição Federal:

Inconstitucionalidades Formais que violam os seguintes artigos:

- 1- Artigo 62, caput, da Constituição Federal**, pela ausência de urgência;

- 2- Artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, por prever alteração de despesa sem estimativa de impacto orçamentário e financeiro;

Inconstitucionalidades Materiais que violam os seguintes artigos:

- 1- Princípio Federativo c/c art. 21, XX, art. 23, IX e art. 30, V**, por invadir a competência municipal para a regulação dos serviços de saneamento básico;
- 2- Artigo 37, caput, e inciso XXI**, por desconSIDERAR casos ressalvados em lei (inciso XXVI, do art. 24, da Lei 8.666/93), que dispõe ser dispensável de licitação a “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”, como são os casos dos serviços de saneamento básico;
- 3- Art. 3º, III**, por contrariar o objetivo fundamental da República de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

II – CONTEXTO FÁTICO

A edição da Medida Provisória nº 844/18, que dispõe, dentre outras providências, conforme sua exposição de Motivos, da modificação legislativa visando “garantir maior segurança jurídica aos investimentos no setor de saneamento básico e aperfeiçoar a legislação de gestão dos recursos hídricos e a de saneamento básico, assim como a interação entre as políticas públicas dessas duas áreas”, surpreendeu toda a comunidade e as instituições que lidam com o saneamento e o meio ambiente.

Diante das grandes polêmicas produzidas pela matéria e das modificações significativas na estruturação do serviço de saneamento básico para a população brasileira, bem como dos riscos profundos de dificultar o acesso a esse serviço público, em face da iniciativa presidencial da Medida Provisória, **foram apresentadas 525 emendas por parlamentares da Câmara dos Deputados e do Senado Federal**, perante a Comissão Mista instituída para a apreciação da matéria (**Doc. 03**).

A Medida Provisória tem sua vigência até o dia 20/09/2018, podendo ser prorrogada de acordo com o disposto na Constituição, por mais 60 dias. Na verificação de sua tramitação, a Comissão Mista do Congresso Nacional já se instalou, mas ainda sequer elegeu a Mesa, nem iniciou os debates de análise de seu conteúdo, seja dos aspectos formais seja do mérito.

Diante do entendimento de que a matéria não atende aos requisitos constitucionais imprescindíveis à edição de uma Medida Provisória, o deputado Paulo Pimenta, líder do Partido dos Trabalhadores na Câmara dos Deputados encaminhou Ofício (Doc. 04) ao Presidente do Congresso Nacional, a quem compete o processamento dessa proposição legislativa excepcional, requerendo a devolução da MP 844/18 à Presidência da República, **por aplicação da norma impositiva contida no art. 62, caput, e §5º, da Constituição, por não revestir-se de urgência e relevância justificadora da adoção de medida legislativa excepcional como é a Medida Provisória.** Tal procedimento ainda não foi deliberado pela Mesa do Congresso Nacional.

III – O SANEAMENTO BÁSICO, SUA FUNÇÃO SOCIAL, O DESAFIO DA UNIVERSALIZAÇÃO E A MANIFESTAÇÃO DAS ENTIDADES DO SETOR

III.1 – A FUNÇÃO SOCIAL E O DESAFIO DA UNIVERSALIZAÇÃO

A história recente das políticas de saneamento está intimamente ligada ao esforço para se alcançar a universalização e se consolidar como direito de todos os brasileiros. O acesso inadequado ao saneamento, além de afetar as condições de saúde, também torna incompleto o próprio direito à saúde.

Tratar de saneamento equivale a tratar de saúde pública preventiva, reduzindo a necessidade de tratamentos curativos ao minimizar o risco de doenças. O que importa sobremaneira ao Brasil, já que estudos da Organização Mundial de Saúde (2008) estimam que 6% de todas as doenças no mundo são causadas por consumo de água não tratada e pela falta de coleta de esgoto; entre elas diarreia, febre, hepatite A,

malária, doença de Chagas, teníase, cisticercose, conjuntivite, doenças de pele e verminoses estão diretamente ligadas a um ambiente doméstico inadequado.

O legislador erigiu expressamente o princípio da universalidade como um de seus pilares fundamentais do saneamento básico, segundo o artigo 2º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007 (agora transformado pela MP 844 em art. 3º, inciso I).

Daniel Wunder Hachem afirma que o princípio da universalidade:

“determina que a Administração, ao prestar o serviço público, está incumbida do dever de assegurar que os bens econômicos por ele fornecidos serão faticamente acessíveis a todo o universo de indivíduos que deles necessitarem. Não basta uma declaração jurídica de que todos os que precisarem poderão acedê-los: impõe-se criar as condições reais e efetivas para que o acesso seja garantido no mundo dos fatos.” (HACHEM, 2014, p. 1-2) HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, BH, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014. Págs. 1-2.)

Embora tenha havido um crescimento na oferta da água tratada e do esgotamento sanitário nos últimos anos, há ainda um grande esforço a ser feito. Agora, direcionado especialmente nos setores mais pobres das cidades, nas periferias, nas regiões menos desenvolvidas do país e na zona rural, exatamente nas áreas onde a população tem menor capacidade de pagamento para suportar os custos dos investimentos e também as tarifas dos serviços que se fazem necessários.

Segundo a publicação “Saneamento como política pública: um olhar a partir dos desafios do SUS”:

“em relação ao esgotamento sanitário, são expressivas as diferenças entre as áreas rural e urbana. Apesar da ampliação entre 2004 e 2015, apenas 66,5% dos moradores em domicílios particulares tinham acesso à rede coletora de esgotos na área urbana no último ano da série, 2015; 5% à fossa séptica e 10,2% ainda usavam fossas rudimentares. Além disso, a variação entre regiões é muito grande: na região Nordeste, apenas aproximadamente 17% dos moradores tinha acesso à rede coletora de esgoto na área urbana em 2015; mesmo na região Sul, essa cobertura atingia apenas um pouco mais da metade dos moradores. Na área rural, a maior parte (43,5%) tinha fossas rudimentares, com pouca variação no período, sendo a pequena queda acompanhada do aumento de fossa séptica e redução daqueles que não tinham nenhum tipo de esgotamento sanitário, que passam de 19 a 11% dos moradores; a região Sudeste que tem a maior cobertura de rede coletora na área rural, atingiu

apenas 17% dos moradores de domicílios permanentes. (seguem os 2 gráficos)

(Centro de Estudos Estratégicos da FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz, de julho/2018, Nº 2, disponível em <http://cee.fiocruz.br/sites/default/files/2_Leo%20Heller%20et%20al_saneamento.pdf>. pág. 35)

GRÁFICO 5. Distribuição percentual de moradores em domicílios particulares permanentes pelo tipo de esgotamento sanitário na área urbana (2004, 2009 e 2015)

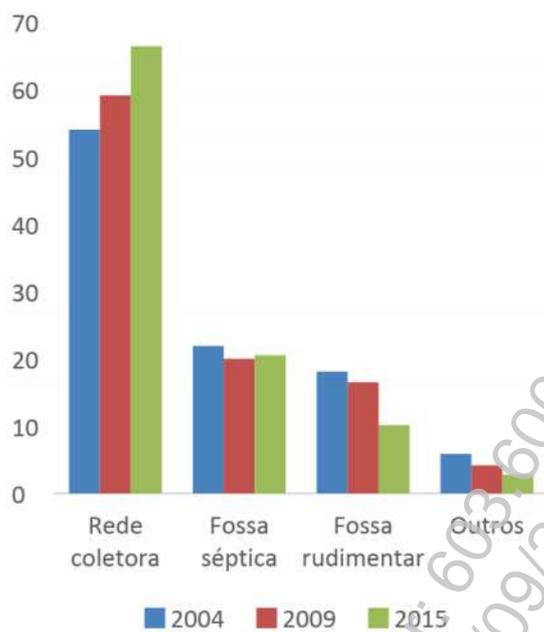
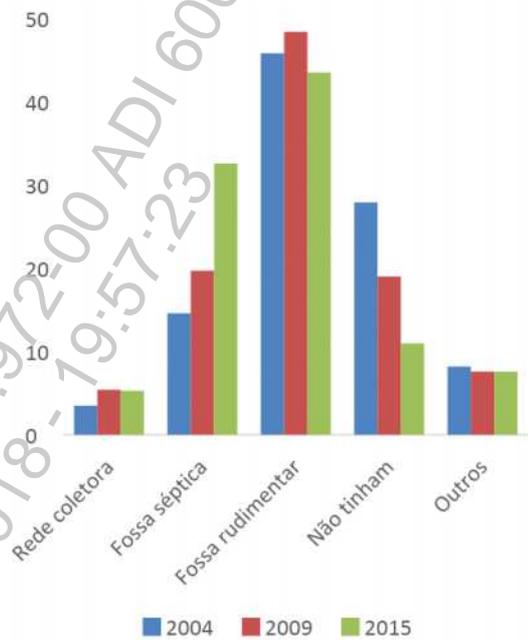


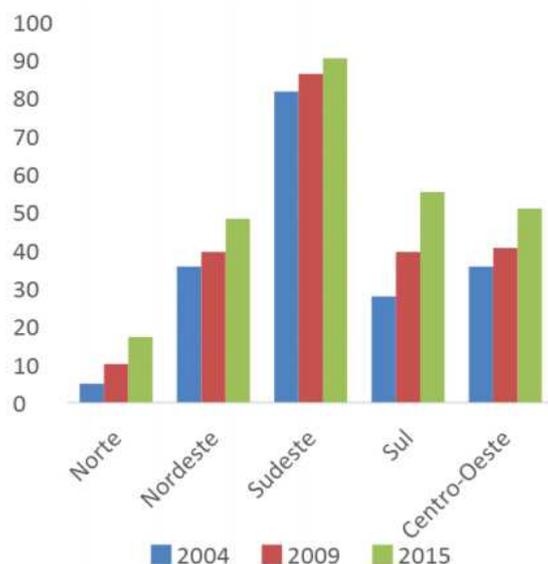
GRÁFICO 6. Distribuição percentual de moradores em domicílios particulares permanentes pelo tipo de esgotamento sanitário na área rural (2004, 2009 e 2015)



Fonte: IBGE/Sidra. Elaboração própria.

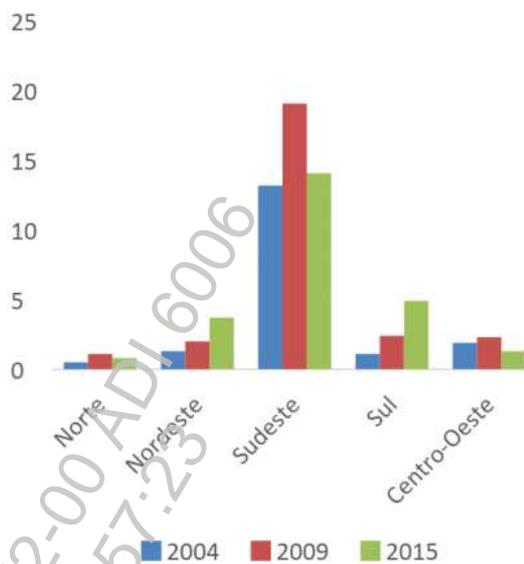
Impresso por: 603600972-00 ADI 6006
Em: 04/09/2018 - 19:57:23

GRÁFICO 7. Distribuição percentual de moradores em domicílios particulares permanentes com esgotamento sanitário por meio de rede coletora na área urbana por regiões. Brasil, 2004, 2009 e 2015.



Fonte: IBGE/Sidra. Elaboração própria.

GRÁFICO 8. Distribuição percentual de moradores em domicílios particulares permanentes com esgotamento sanitário por meio de rede coletora na área rural por regiões. Brasil, 2004, 2009 e 2015.



Em relação ao abastecimento de água tratada, a mesma publicação mostra que a situação é melhor, mas ainda demanda grande esforço, assim como no caso do esgotamento sanitário, nas regiões mais pobres e na zona rural:

“Refletindo a trajetória brasileira desde o Planasa, a situação em relação a abastecimento de água é melhor do que em relação ao esgotamento sanitário, mas apenas na área urbana cuja cobertura com abastecimento de água pela rede geral atingia 93,5% dos moradores em domicílios particulares permanentes em 2015; 18 unidades da federação tinham cobertura igual ou superior a 90% em 2015, mas quatro possuíam percentuais bem baixos: 53,1% no Amapá, 57,2% em Roraima, 63,6% no Pará e 68,2% no Acre, todos na região Norte. Considerando como unidade as regiões, mais uma vez o Sul e o Sudeste apresentam situação mais favorável, seguidos de perto pela região Nordeste, que apresentou uma evolução positiva até 2012, com ligeira piora em seguida; a região Norte é o caso mais discrepante, com cobertura bem inferior do que as demais e bem abaixo da média do país (71,9% em 2015). Por sua vez, na área rural o abastecimento de água por rede geral alcança apenas 35% dos moradores no conjunto de país, com grande variação entre estados e regiões, verificando-se sete estados com cobertura rural menor do que 20% em 2015, sendo três na região Norte: Rondônia, Acre, Tocantins, Paraíba, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Goiás. Entretanto, tendo como unidade as regiões no caso da área rural,

a cobertura por rede de água é bem maior na região Nordeste (42,8% em 2015) e muito reduzida na Centro-Oeste (13,7%), que apresenta queda de cobertura no período. Na maior parte da área rural (53,%), a população se abastece de água por meio de poço ou nascente. (pág. 37)

Quanto à manutenção dos sistemas de água e esgoto, também os desafios ainda são grandes, em relação à garantia de tarifas módicas aos usuários. Os custos não são baixos e penalizam as famílias mais pobres

Porém, a existência da tarifa social e do subsídio cruzado (decorrente da forma de operação das empresas de saneamento estaduais), ainda têm ensejado condições acessíveis de tarifas para os usuários mais pobres.

Certamente, a manutenção destes mecanismos são importantes tanto para a contínua ampliação do sistema quanto para permitir que os mais pobres continuem tendo acesso aos serviços, de forma universal, integral e regular.

A edição da presente MP 844, no entanto, que altera significativamente o atual modelo de saneamento básico no país, sem o saudável e necessário debate no Parlamento, incide com força no esgarçamento do subsídio cruzado dos sistemas estaduais e municipais, colocando em risco tanto a ampliação destes sistemas, quanto o acesso da população mais pobre aos serviços que eles prestam, além de atentar contra os dispositivos da Constituição Federal aqui citados.

III.2 – DIFERENÇAS ENTRE O SERVIÇO PÚBLICO E A ATIVIDADE ECONÔMICA

É preciso deixar bastante estreme o sentido de serviço público – no caso de privativa atribuição estatal ante a fundamentalidade do saneamento básico – e a mera atividade econômica porque o saneamento básico está sob o regime de direito público. Logo, é palpável a diferença entre um e outro - o serviço público e a atividade econômica - quanto aos fins a que estão vinculados.

O serviço público é prestado sob o regime de retribuição pela prestação e vincula-se à continuidade e qualidade do serviço. A atividade econômica prioriza a prestação financeira do consumidor diferenciando tarifas de serviço que recaem mais pesadamente sobre quem menos pode financeiramente.

Por isto que, sendo os serviços de saneamento básico (ou ambiental) considerados serviços públicos privativos do Estado, devem ser, quando prestados pela iniciativa privada, outorgados mediante fórmulas jurídicas rígidas previstas em lei buscando implementar, em primeira e única instância o que prescreve o art. 23, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 como tarefa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: a melhoria das condições de saneamento básico.

Não se pode, neste diapasão, falar em privatização – ou desestatização – do serviço de saneamento básico, em sentido estrito, visto que, como serviço público privativo do Estado que é, está vinculado a garantias e critérios constitucionais e legais indisponíveis. E, dessa forma, não pode, terminantemente, ser caracterizado como atividade econômica.

Desta maneira, **o objetivo prestacional do saneamento básico não pode ter a lucratividade particular como centro e sim a primordial satisfação do interesse público.** Aliás, se não houvesse nenhuma diferença substancial entre a prestação de serviço público e a mera exploração de atividade econômica, não faria sentido a distinção constitucional entre essas modalidades operacionais da atividade humana.

Assim, o tratamento oferecido pela Medida Provisória n. 844, de 06 de julho de 2018, tem representado risco de dano iminente ao dever da Administração Pública de ofertar a todos o acesso a bens essenciais em função do princípio da universalidade dos serviços públicos, cuja máxima determina que sua prestação não deva distinguir, de qualquer maneira, seus destinatários.

O princípio da universalidade da prestação do serviço público deve ser considerado com a confluência de outros princípios explícitos como legalidade, dignidade da pessoa humana, moralidade, impessoalidade e eficiência. Trata-se de **princípio de igualdade dos usuários consumidores** que não os distingue, pondo-os na mesma situação de isonomia jurídica sem preferência entre eles.

A universalização deve encarar três facetas do Estado, tanto quanto prestador do serviço quanto poder concedente, quais sejam: (i) a impossibilidade de aumentar a tarifa de remuneração do serviço público sem a oitiva da população; (ii) o dever de diminuir a tarifa caso se verifique um maior lucro para o concessionário do que o previsto em sua oferta; e, por fim, (iii) o imperativo do Estado revisar sempre o sistema de prestação para

melhor ofertá-lo com base na verificação dos investimentos realizados.¹

Desdobramento do princípio da universalidade que merece destaque especial é a **modicidade tarifária** para que o acesso ao serviço por todos possa se tornar realidade. Ou seja, o limite do módico está no ponto em que as pessoas deixam de usufruir do serviço público porque não têm possibilidade de arcar com seus custos. No âmbito da prestação do serviço público por empresas privadas, por exemplo, é preciso ter garantias efetivas que a prestação do serviço público seja módica o suficiente para permitir a ampla fruição do mesmo pelos usuários. A Administração Pública está, por conseguinte, impedida de privatizar a prestação do serviço público, sob pena de desvio de finalidade, quando a modicidade (tarifa social) não puder ser garantida.

Esclareça-se, por fim, que a importância do princípio da universalidade no saneamento básico decorre de expressa previsão legal no art. 2º, inciso I, da Lei n. 11.445/07 e não pode se tornar refém de declarações jurídicas tanto genéricas quanto ocas. É necessário garantir condições reais e efetivas para que o acesso seja garantido a todos, segurança esta, infelizmente, não prevista em qualquer parte da Medida Provisória n. 844, de 06 de julho de 2018.

III.3 - MANIFESTAÇÃO E POSICIONAMENTO DAS ENTIDADES DO SETOR

Tantas são as restrições à MP que **diversas instituições se manifestaram de maneira contrária ao seu conteúdo**, como as 4 maiores Associações Brasileiras envolvidas com o tema Saneamento, de cujas notas transcrevemos alguns trechos abaixo:

- ABES – Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental, presidida por Roberval Tavares de Souza, que reúne cerca de 10.000 profissionais do setor.

“A saúde do povo brasileiro foi mais uma vez prejudicada na sexta-feira, 6 de julho, com a assinatura, pelo Governo Federal assinou, em Brasília, da Medida Provisória para revisar o Marco Legal do Saneamento.

A Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental – ABES alerta que a proposta de revisão do Marco Legal

¹ Jorge Luis Salomoni. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999, pp. 612-613.

do Saneamento do Ministério das Cidades pode desestruturar totalmente o setor no Brasil. A ABES vem colocando o tema em pauta desde novembro de 2017, quando participou de reunião com o Ministério das Cidades para discutir a revisão. A entidade já havia enviado ao então ministro das Cidades, Bruno Araújo, **carta em que sugeria duas ações imediatas ao Ministério (leia aqui a íntegra da carta)**. E defendeu, no encontro em Brasília as propostas contidas no documento **CONTRIBUIÇÕES DA ABES A MINUTA APRESENTADA PARA ALTERAÇÃO DA LEI 9.984/00 E LEI 11.445/07 (leia aqui)**.

...

Não bastando o problema apontado acima, quebra da lógica do subsídio cruzado, observamos que é direito da administração optar pela prestação direta dos serviços de saneamento básico e este artigo pode impedir que uma administração coopere com a outra, levando a ganhos sistêmicos para a sociedade.

“Esta proposta é como se o governo estivesse tirando dos pobres para dar aos ricos, um Robin Hood às avessas dos nossos tempos, digamos, em um momento que recursos para a saúde estão congelados por 20 anos. Ou seja: não investiremos em saneamento para prevenir doenças nem teremos condições de tratar os doentes. Em pleno século 21, viveremos em um Brasil do século 19”, lamenta o presidente da ABES.”

(Nota emitida em 06/07/18; disponível em <http://abes-dn.org.br/?p=19290>; **Doc. 05**)

- ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação, presidida por Fernando Alfredo Rabelo Franco

“Numa leitura inicial, considerando que o setor depende de recursos federais, verifica-se que a ANA se tornará a agência setorial, o que enfraquecerá a autonomia das entidades reguladoras subnacionais, que se tornarão, por conseguinte, meras executoras das decisões da ANA.

No que tange ao aspecto da competência regulatória, a nosso ver, na forma apresentada, o texto é inconstitucional, ao adentrar na competência das agências reguladoras subnacionais, posto que as regras contidas no §1º do artigo 4º da citada MP tratam de matéria eminentemente regulatória, que não pode ser minimizada mediante a malsinada conotação de se tratar tais imposições como normas de referência.

...

Atribuir os problemas que impedem a universalização dos serviços de saneamento básico ao Marco Regulatório consiste em um grande equívoco. Sua reformulação na forma imposta em nada contribuirá para a modificação dos índices de cobertura do saneamento básico, haja vista a necessidade de se avançar, por

exemplo, no planejamento e em regras que estimulem de forma transparente e eficaz a participação do segmento privado, bem como o fortalecimento da regulação subnacional.

Diante do exposto e considerando a relevância do tema, faz-se necessária a revisão da Lei nº 11.445/2007. Porém, o processo de debate necessita ser ampliado em termos de participação das entidades setoriais, possibilitando a manifestação da sociedade e impedindo que Estados e Municípios sejam prejudicados ou tenham suas competências constitucionais usurpadas.”

(Nota de Repúdio emitida em 09/07/18; disponível em <http://abar.org.br/nota-de-repudio-a-medida-provisoria-844-2018/>; **Doc. 06**)

- AESBE – Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento, presidida por Roberto Cavalcanti Tavares

“O povo brasileiro precisa ser alertado para essa proposta equivocada e autoritária do Governo Federal, que não busca o bem comum da nação brasileira. O Governo Federal quer abrir o mercado para as empresas privadas apenas nos municípios rentáveis.

...

Além de não haver motivo plausível para ser editada por meio de Medida Provisória, pois não há urgência que justifique, o novo texto legal afetará os municípios mais pobres, que serão excluídos dos investimentos em abastecimento de água e esgotamento sanitário, além de provocar um aumento de tarifa decorrente do fim do subsídio cruzado. Uma decisão dessa dimensão não pode ser tomada “ao apagar das luzes” do atual Governo Federal.

A AESBE não se furtará em defender o Saneamento Brasileiro e promoverá toda a articulação política e jurídica em busca de um Saneamento inclusivo e que beneficie a todos os Brasileiros. Conclamamos todos aqueles que defendem o bem-comum, que se unam para derrubar essa absurda e equivocada proposta do atual Governo Federal.”

(Nota de Repúdio emitida em 09/07/18; disponível em <http://www.aesbe.org.br/nota-de-repudio/>; **Doc. 07**)

- ASSEMAE – Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento, presidida por Aparecido Hojaij, que reúne quase 2.000 Municípios.

“O Conselho Diretor da Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento – Assemae, reunido em Brasília nos dias 07 e 08 de agosto de 2018, vem a público reafirmar o posicionamento contrário da entidade sobre a Medida Provisória 844/2018, que altera o marco legal do saneamento básico e

permite o sucateamento dos serviços públicos do setor em todo o País.

Conhecida como a MP da Sede, a Medida Provisória 844 apresenta dispositivos capazes de excluir a população mais pobre do acesso aos sistemas de saneamento básico, com impactos imediatos para a titularidade dos municípios. Ao condicionar a titularidade municipal aos limites da área geográfica, a MP traz uma nova confusão para o setor de saneamento básico, atestando uma clara inconstitucionalidade, pois apenas a Constituição Federal pode definir o titular de um serviço. Além disso, a proposta afeta o subsídio cruzado, gera o aumento das tarifas de saneamento e interfere no poder de decisão do município sobre a regulação dos serviços.

Com a força de quem reúne quase dois mil municípios associados, a Assemae considera que a MP 844 abre espaço para a participação da iniciativa privada, mas não oferece oportunidades de crescimento aos serviços de saneamento municipais e estaduais, que atendem 95% da população brasileira.”

(Nota emitida em 08/08/18; disponível em <http://www.assemae.org.br/noticias/item/3998-a-verdade-sobre-a-medida-provisoria-844>; **Doc. 08**)

O dia 31 de julho de 2018 foi designado como o Dia Nacional contra a MP do Saneamento. As Seções estaduais da ABES, em parceria com ABAR, AESBE e ASSEMAE, realizaram reuniões e assembleias em várias capitais do Brasil, bem como eventos abertos ao público para esclarecer a sociedade sobre as consequências da MP 844/18 para o setor de saneamento. Diversas audiências e outras manifestações públicas vêm sendo realizadas por estas e outras instituições, desde a edição da Medida Provisória. (Registro do “Dia Nacional Contra a MP do Saneamento” disponível em: <https://photos.google.com/share/AF1QipPwEPRZXdRo7ApMMTO38bonyTjUHGZgv167aV78o26XOwGUPPKxaIJJ7v7XE1b1gQ?key=WjY0RHBqSGpDQkppcHo5S1VMcDhRTmgtWGxZaHVB>)

Conforme instituições também frisam em suas Notas, elas vinham contribuindo em seguidos diálogos com o Governo Federal, nos últimos meses, para a elaboração de um projeto de lei que propusesse aperfeiçoamentos no Marco Legal do Saneamento Básico. Foram, porém, surpreendidas com esta inoportuna Medida Provisória, editada heterodoxamente poucas horas antes do jogo do Brasil contra a Bélgica pela Copa do Mundo de 2018, em cerimônia fechada no Palácio do Planalto, como que a isentar-se da crítica social, das entidades do setor e também daquelas representativas dos Municípios brasileiros.

É o que confirma a cobertura da Folha de São Paulo, adiante estampada:

FOLHA DE S.PAULO

Em último evento permitido antes das eleições, Temer assina MP do saneamento

Presidente disse que os números sobre saneamento básico no Brasil são inaceitáveis

6.jul.2018 às 12h47

Talita Fernandes

BRASÍLIA No limite do prazo imposto pela legislação eleitoral

(<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/lei-eleitoral-proibe-ponunciamentos-e-íca-a-inauguracoes-a-partir-de-sabado.shtml>), que veda anúncios relativos a obras e programas públicos nos três meses que antecedem as eleições, o presidente Michel Temer intensificou a agenda de eventos e participou de cinco cerimônias ao longo desta semana.

Na manhã desta sexta (6), poucas horas antes do jogo do Brasil contra a Bélgica, Temer fez um evento em auditorio fechado no Palácio do Planalto. Na cerimônia, ele assinou uma Medida Provisória que atualiza o marco legal do setor de saneamento básico.

Diante disso, justifica-se o espanto das entidades citadas, bem como o forte amparo social que subsidia a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

IV – DAS INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS

IV.1 – AUSÊNCIA DE URGÊNCIA – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 62, *caput*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Medida Provisória, ao carecer do pressuposto de urgência, viola o artigo 62, da Constituição Federal. E isso se dá em decorrência da substancial e brusca alteração do atual modelo do setor de saneamento básico, com riscos à segurança jurídica, bem como causando o esvaziamento da autonomia dos municípios, a mudança

das atribuições da ANA – Agência Nacional das Águas e a ingerência nos instrumentos de gestão municipal.

Com efeito, dispõe o art. 62, “*caput*”, da Carta Política:

“Art. 62. Em caso de relevância **e urgência**, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.” (grifo nosso)

É certo que o problema do saneamento no Brasil ainda configura-se como dívida do Estado para com a população. É inquestionável que o não alcance da universalização dos serviços de água e esgoto nas cidades brasileiras seja ainda hoje um tema central. Assim como é inegável que este seja um problema histórico no país, e, portanto, impossível de ser resolvido por meio do envio de uma Medida Provisória.

Assim, não há nenhuma nova situação que justifique tal urgência, não a ponto de dispensar os debates necessários ao aprofundamento sobre o tema, compondo uma legislação pela via regular ordinária, com o aperfeiçoamento de mérito do novo texto legal, sem o açoitamento que marca a tramitação excepcional de uma Medida Provisória.

Da mesma forma, se o crescimento desordenado das cidades é questão que a atual Constituição Federal e a correlata legislação vêm, ao longo dos anos, tentando solucionar, também o saneamento é problema crônico, sendo inaceitável a brusca sucumbência das regras vigentes nas Leis que lidam com a temática. Tais leis foram construídas com ampla participação de técnicos, estudiosos, empresas, agências, gestores, movimentos e organizações sociais, e nada justifica que possam agora ser sumariamente modificadas, em uma Medida Provisória desprovida de seus requisitos obrigatórios.

O conteúdo e a dimensão estruturante nas leis alteradas por tal Medida Provisória deixa clara a necessidade que se faça amplo debate social para mudanças tão substantivas, o que não será possível no rito legislativo abreviado como ocorre na tramitação das MPs. **E tendo-se em conta ainda que, no atual período eleitoral, o Congresso funciona em processo mais lento e sem o ritmo necessário à mobilização e à participação dos parlamentares e dos diversos atores sociais.**

A aferição pelo Supremo Tribunal Federal do atendimento dos requisitos para a edição de Medida Provisória estabelecidos pelo art. 62, “*caput*”, da Constituição, embora seja medida de caráter excepcional, já foi objeto de admissão por esta Excelsa

Corte, conforme demonstra o decidido na ADI 2.213-MC, Relatada pelo Eminentíssimo Ministro Celso de Mello. Veja-se:

“A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais.

(...)

Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material - investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "checks and balances", a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. ” (STF - ADIMC: 2213 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENT VOL02148-02 PP-00296)

Para verificar o atendimento desses pressupostos de validade, é mister aferir se, de fato, a situação objeto da medida provisória – o serviço de saneamento básico – demanda, de forma insofismável, solução por via de iniciativa do Chefe do Poder Executivo capaz de produzir efeitos imediatos com força de lei, submetendo o Poder Legislativo ao seu critério discricionário e à apreciação de matéria em regime de urgência excepcional.

Conforme os ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos:

“A justificativa para o Presidente da República editar medidas provisórias, com força de lei, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio periculum in mora que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa”².

Ademais, conforme o didático voto do Min. Carlos Britto na ADI 3.964MC/DF:

“É a medida provisória, portanto, uma regração que o Presidente fica autorizado a baixar para o enfrentamento de certos tipos de anomalia fática. Um tipo de anormalidade - este o ponto central da questão - geradora de instabilidade ou conflito social que não encontra imediato equacionamento nem na Constituição, diretamente, nem na ordem legal já estabelecida. Por isso que demandante de uma resposta normativa que não pode aguardar as formas constitucionais de tramitação dos projetos de lei”.

A Exposição de Motivos da Medida Provisória alega a importância do tema para o desenvolvimento nacional, traça um panorama de dificuldades enfrentadas pelo país no setor, mas não demonstra qualquer elemento necessário à caracterização do requisito da “urgência”. Ao contrário, afirma-se que, desde a edição da Lei 11.445/07, os governos vêm tomando medidas que fizeram avançar o acesso aos serviços de saneamento básico.

Assim, as finalidades da MP não são compatíveis com o regime de urgência. A MP visa alterar a **Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 (fruto do PL 1617/99)**, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento; a **Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003 (fruto do PL 1858/03)**, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em

² Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 6ª Ed, 2011, p.1.182

Recursos Hídricos; e a **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (fruto do PL 7361/06 e do PLS 219/06)**, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no país. Todas estas três leis, que representam um marco histórico para o saneamento básico brasileiro e foram exaustivamente debatidas no Parlamento, são agora alteradas por um ato único e equivocado do Poder Executivo.

Nem se diga que os ritos ordinários de tramitação de projetos de lei poderiam estender demais o prazo para aprovação da matéria. Como se pode observar no parágrafo anterior, a atual legislação do setor foi aprovada no mesmo ano do projeto de lei ou, no máximo, no ano seguinte. Isto demonstra que, quando o tema é importante e o Poder Executivo manifesta interesse efetivo, o Poder Legislativo tem atendido com rapidez às necessidades regulamentares do país.

Observe-se que a própria MP, em um dos núcleos centrais da proposta, prevê a entrada em vigor do dispositivo abaixo citado (*vacatio legis*), apenas três anos após a data de publicação:

“Art. 8º Esta Medida Provisória entra em vigor:
I - quanto ao art. 5º, na parte em que inclui o art. 10-A na Lei nº 11.445, de 2007, três anos após a data de sua publicação; e”

Não poderia a Medida Provisória trazer maior contradição interna, tornando ainda mais insustentável a justificativa do requisito “urgência”.

Estamos, como se vê, diante do caso em que o Poder Executivo tenta, “sem necessidade e relevância material - investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional”, com grave prejuízo para “a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República”.

A Medida Provisória nº 844/18, portanto, violou o caput do art. 62 da Constituição, pois não demonstrou a existência de situação urgente e relevante, ou anormalidade geradora de instabilidade, nem mesmo o estado de necessidade que reclamasse a sua edição.

IV.2 - DO AUMENTO DE DESPESA SEM ESTIMATIVA DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 113 DO ADCT - ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

São duas as alterações trazidas na MP que implicam em aumento de despesa sem o correspondente estudo de impacto orçamentário e financeiro:

- i) arts. 53, 53-A, 53-B e 53-C, da Lei nº 11.445, de 2007 - criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico (Art. 5º da MP);
- ii) dispositivos que prevêm aumento das atribuições da ANA – Agência Nacional de Águas, que exigirão reforço de pessoal (Artigos 1º e 2º da MP – ver dispositivos detalhados adiante).

Para a primeira indicação de aumento de despesas (i), note-se que, no âmbito da Lei nº 11.445, de 2007, o art. 53-A (Art. 5º da MP) chama atenção a criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico. Trata-se, segundo essa lei, na redação dada pela MP 844/2018, de colegiado formado “sob a presidência do Ministério das Cidades” com atribuição de “assegurar a implementação da política federal de saneamento básico e de articular a atuação dos órgãos e das entidades federais na alocação de recursos financeiros em ações de saneamento básico”. Nesse aspecto, questiona-se a criação do comitê, face à necessidade real de aumento de despesa que tais medidas sempre demandam, questão que a MP sequer mencionou.

Para o segundo indicativo de aumento de despesas (ii), não houve na MP a correspondente contextualização dos impactos decorrentes e da respectiva fonte de custeio. Como bem exposto na Nota Técnica da CONORF - Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal, ao analisar a MP 844, o atendimento das novas atribuições da Agência Nacional de Águas imporá a criação de cargos e a realização de concurso público:

“Na exposição de motivos que acompanha a MP 844/2018, afirma-se que, “Para que a ANA possa exercer suas novas atribuições de maneira adequada, a necessidade de pessoal será suprida por meio de concurso público (...) e por meio de 26 cargos comissionados técnicos para exercício exclusivo na Agência”.³ Presume-se que estes vinte e seis cargos comissionados estejam relacionados ao art. 6º do texto da medida provisória, artigo esse que autoriza a transformação de cargos, no âmbito do Executivo, “sem aumento de despesa”. No que toca aos cargos a serem providos por concurso, estes, de acordo com a exposição de motivos, já existem, restando o advento de autorização na legislação de natureza orçamentária para que se proceda ao provimento. Dessa forma, ainda que não seja decorrência imediata da MP 844/2018, espera-se, em algum

momento, que haja aumento de despesa com pessoal para adequar a estrutura da ANA às suas novas funções.” (p. 4.)
(Doc. 09)

Portanto, claramente inconstitucionais as disposições abaixo elencadas, pois violaram a exigência contida no art. 113 do ADCT, já que indicam aumento de despesa sem que tenha sido alvo de estudo de impacto econômico, financeiro e orçamentário, conforme preconiza a Constituição Federal:

Disposições que criam o CISB - Comitê Interministerial de Saneamento Básico, previstas:

- No Artigo 5º da MP (artigos 53, 53-A, 53-B e 53-C, da Lei nº 11.445, de 2007);

Disposições que agregam novas atribuições para a ANA, previstas:

- No Artigo 1º da MP;

- No Artigo 2º da MP (art. 1º; art. 2º; art. 3º; incisos XXIII, XXIV, § 9º, § 10, do art. 4º; art. 4º-A; art. 4º-B; art. 8º-A; § 1º do art. 11; inciso XI do art. 13; da Lei nº 9.984, de 2000).

V – INCONSTITUCIONALIDADES POR VÍCIOS MATERIAIS

V.1 – DA AFRONTA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E À COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO – VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 21, XX, 23, IX, 30, I E V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

V.1 – a) Atentado ao Pacto Federativo

A Magna Carta dispõe nos Art. 30, I e V, Art. 21, XX, e 23, IX, que a competência é municipal ou compartilhada para o trato do saneamento básico:

“**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. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

...

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;”

A partir da Carta de 1988, a doutrina e a jurisprudência entenderam majoritariamente que a competência para prestar os serviços de saneamento básico (água e esgoto), pertencia aos Municípios. Alguma hesitação, acaso existente, já foi definitivamente resolvida pelo STF.

Em março de 2013, foi julgada pelo STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2340/SC (rel. Min. Ricardo Lewandowski). Nela, discutiu-se a competência para legislar sobre a matéria de distribuição de água tratada e de esgoto sanitário e, inclusive, para a prestação de tal serviço. O início da discussão do caso se deu no ano 2000, quando o Governador do Estado de Santa Catarina propôs a ação com o objetivo de ver declarada inconstitucional a Lei Estadual 11.560/2000. Por meio desta, tornou-se obrigatório o fornecimento de água potável pela Cia. Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN (sociedade de economia controlada pelo Estado de Santa Catarina), com caminhões-pipa, sempre que houvesse a interrupção na adequada prestação de tais serviços.

O requerente sustentou que a Constituição Federal conferiria aos Municípios - e não aos Estados - a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (dentre eles os de distribuição de água). Ainda que na maioria dos Municípios catarinenses os serviços de esgotamento e abastecimento de água fossem prestados pela CASAN, ela o faria na condição de delegatária (por meio de concessão) dos Municípios, os quais seriam os entes federados competentes para legislar sobre e prestar tais serviços. Assim, a lei estadual catarinense violaria o disposto nos arts. 30, I, e 175, parágrafo único, da Carta Magna.

Uma das questões enfrentadas pelo STF na ADI 2340 foi justamente a de definir se a distribuição de água potável constituiria serviço de natureza local, de competência municipal. Por maioria de votos, a ação foi julgada procedente pelo STF, com a declaração da inconstitucionalidade da lei catarinense. Em suas razões de decidir, o Supremo entendeu que a competência para legislar sobre assuntos locais – que a Carta Magna atribui aos Municípios - inclui a distribuição de água tratada e o esgotamento sanitário. Nesse sentido, e segundo esta Corte Constitucional, as obras e serviços para fornecimento de água potável e eliminação de detritos sanitários domiciliares, incluindo a captação, condução, tratamento e despejo adequado, seriam atribuições precípua de tais entes, como medidas de interesse da saúde pública em geral e dos usuários em particular.

Ainda, o fornecimento de água bruta à concessionária local também seria uma competência privativa do Município. Adicionalmente, o STF considerou que interesse local se caracterizaria pela predominância (e não pela exclusividade) do interesse municipal em relação ao estadual: os Municípios seriam, dentre os entes federativos, aqueles mais próximos da população, cujas necessidades básicas conheceriam de perto, incumbindo-lhes, por essa razão, prestar os serviços públicos essenciais, com destaque para a água e o esgoto.

Assim, na forma da Ementa a seguir, na ADIN 2340/SC, o Supremo considerou que a competência para a prestação do serviço de abastecimento de água é dos Municípios:

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. (RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI; Brasília, 6 de março de 2013)

Em outro julgamento do mesmo ano (2013) o Supremo Tribunal Federal proferiu mais uma decisão histórica, igualmente para a definição da titularidade dos serviços de saneamento básico, restando julgadas em conjunto (em razão da existência de conexão entre os temas), as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1842, 1843, 1826 e 1906, que versavam, direta ou indiretamente, sobre a titularidade do saneamento básico, tendo como Relator o Min. Luiz Fux, e como Redator do Acórdão o Ministro Gilmar Mendes.

A tese defendida pelos Estados, de tratar-se de competência estadual ou metropolitana, transferindo a titularidade diretamente aos estados, caiu por terra. Decidiu o STF que:

- a) Os serviços de saneamento são, em regra, municipais, nos casos dos Municípios não envolvidos em regiões metropolitanas ou aglomerações de Municípios constitucionalmente previstas;
- b) Nos ambientes de regiões metropolitanas, tais serviços não se transformam em serviços estaduais. Adiciona-se, isto sim, o dever de gestão compartilhada entre Municípios e Estado, sem implicar em qualquer perda da competência dos Municípios.

Assim, o STF delineou, de forma sóbria e em tom objetivo, sobre a titularidade dos Municípios, situação pendente de definição jurisprudencial desde a Constituição de 1988 (embora a Lei 11.445/2007, Lei de Diretrizes do Saneamento Básico, também já tivesse proposto um norte neste mesmo sentido), conforme o seguinte trecho do Acórdão:

“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.” (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.842 RIO DE JANEIRO, STF)

A professora Aline Paola Correa também discorre sobre a autonomia municipal nesta seara, em seu brilhante “As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração dos Serviços Públicos”, destacando a moderação que a União deve observar ao traçar as diretrizes gerais relativas aos serviços públicos:

“A opção da forma da prestação dos serviços é privativa do titular, não cabendo à União impor limites para a livre convicção dos Entes. A norma de caráter nacional que trata de diretrizes deve ser moderada e desenhada a ponto de permitir que o titular exerça o direito de administrar o serviço público...” (ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração dos Serviços Públicos. RJ: Editora Lumen Juris, 2009, p. 80)

É este também o entendimento manifestado pela ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação, em relação à MP:

“No que tange ao aspecto da competência regulatória, a nosso ver, na forma apresentada, o texto é inconstitucional, ao adentrar na competência das agências reguladoras subnacionais, posto que as regras contidas no §1º do artigo 4º da citada MP tratam de matéria eminentemente regulatória, que não pode ser minimizada mediante a malsinada conotação de se tratar tais imposições como normas de referência.” (Doc. 5)

Manifesta, em seguida, sua concordância com a adoção de “normas de referência”, mas, como dito antes, desde que não se dê através de matéria regulatória e de agência reguladora federal, conforme quer a MP:

“A Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR apoia a iniciativa de elaboração de normas de referência e, desde a sua fundação, tem atuado neste sentido, ofertando às Agências Reguladoras documentos de referência para a edição de normas regulatórias, respeitadas as características regionais.” (Doc. 5)

Desta forma, apesar da MP 844 reconhecer expressamente, por um lado, a competência municipal (*caput* do novo art. 8º-A da Lei 11.445/07), por outro lado, de forma contraditória, esvaziou tal competência, em clara violação à autonomia dos Municípios, ao dar à ANA o papel de órgão regulador central do setor de saneamento.

V.1 – b) As mudanças inconstitucionais realizadas na Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2.007 (que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico).

Além do atentado à autonomia federativa municipal, acima já apontado, neste item far-se-á a articulação de forma detalhada dos diversos elementos de inconstitucionalidade material dos artigos 4º e 5º da MP, referentes às mudanças que realiza na Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2.007.

Inicialmente, discute-se a criação do art. 8º-A, § 5º, da Lei n. 11.445/07 (art. 5º da MP n. 844/18) que determina que os serviços de saneamento básico nas regiões metropolitanas, nas aglomerações urbanas e nas microrregiões poderão ser fiscalizados e regulados por entidade reguladora estadual, distrital, regional ou intermunicipal violando a força vinculante das decisões desta Corte Constitucional nas ADI 2.340/SC (rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/03/2013); ADI 1.842/RJ (rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013); e ADI MC 2.077/BA (rel. Min. Ilmar Galvão, j. 06/03/2013), nas quais ficou assentado que a instituição de região metropolitana não transfere ao Estado competência para regular o saneamento básico em seu âmbito, nem se pode permitir, em área de interesse comum, o predomínio de um ente federativo sobre outro.

Segue-se que o saneamento básico destas regiões administrativas não pode ser entregue de forma isolada, seja para entidade reguladora estadual, distrital, regional ou intermunicipal como pretende o dispositivo legal questionado. Cabe tão somente a entidade intergovernamental que inclua em sua estrutura as três esferas federativas, no caso da formação de Regiões Integradas de Desenvolvimento (art. 43, CF/88) como é o caso da RIDE do Distrito Federal e Entorno, da Grande Teresina e de Petrolina-Juazeiro, definir como serão fiscalizados e regulados os serviços de saneamento básico.

Ademais, o próprio caput do art. 8º-A da Lei n. 11.445/07 (art. 5º da MP n. 844/18) determina que os Municípios e o Distrito Federal são titulares dos serviços públicos de saneamento básico, fazendo *contratio sensu* à jurisprudência vinculativa deste Supremo Tribunal Federal que determina que o interesse comum das Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões sejam exercidos por colegiado interfederativo quando a definição da região for determinada por Lei que a constitua, ou quando estiver integrando Gestão Associadas por Consórcio Público ou Convênio de Cooperação em que a competência também passa a ser supramunicipal.

Outra séria inconstitucionalidade apresentada na Medida Provisória n. 844, de 6 de julho de 2018, trata do novo art. 8º-B da Lei n. 11.445/07 que pretende excetuar os casos de extinção do Contrato Programa dentro da previsão do Consórcio Público (Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005), caso seja alienado, *rectus* privatizado, o controle acionário da Companhia Estadual de Saneamento Básico (CESB).

Ou seja, a formação dos Consórcios Públicos definidos na Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, que regulamenta o art. 241, CF/88, possibilita tão-somente que se formem associações públicas integradas por entes federativos por meio de manifestações instrumentalizadas em Protocolo de Intenções aprovados pelo Poder Legislativo e publicados na Imprensa Oficial.

Esta é a razão ôntica da previsão do art. 13, §6º, da Lei n. 11.107/05, de que se um contratado pertencente à administração indireta de qualquer dos entes da federação consorciados ou conveniados deixar de integrar a Administração indireta do respectivo ente federativo será automaticamente extinto o Contrato Programa.

Ora, a realidade política por detrás do dispositivo é que a pretensão de privatizar os serviços de saneamento Brasil afora impõe que se ofereçam meios econômicos atrativos às empresas privadas. Isto porque, os Contratos de Concessão existentes em que os contratados são as Companhias Estaduais de Saneamento Básico

(CESB) têm seus bens móveis e imóveis utilizados na prestação do serviço público de saneamento básico como de propriedade dos entes concedentes (os Municípios) não tendo, portanto, o que economicamente privatizar em termos de venda das CESB.

Assim, caso se pretendesse vender as CESB dentro da lógica dos Contratos de Concessão somente o próprio patrimônio da CESB seria objeto de venda – o que reverteria em poucos dividendos fiscais aos cofres públicos – e como a transferência do controle societário da concessionária depende de prévia anuência do poder concedente (os Municípios) sob pena do contrato de concessão caducar (art. 27, Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995); o risco financeiro dos adquirentes era elevado. A dizer, a empresa privada adquirente da CESB privatizada não teria nenhuma garantia de que o Contrato de Concessão seria mantido pelo poder concedente.

Assim, se as CESB não dispõem de ativos economicamente relevantes para a venda (os ativos pertencem ao poder concedente, os Municípios), sem os Contratos de Programa, elas não têm nenhum valor relevante de mercado. Daí a necessidade alterar a legislação para permitir a continuidade dos contratos visando viabilizar a venda das mesmas.

No caso, no entanto, de contratação por Contrato de Programa, as CESB, que indisfarçavelmente a Medida Provisória n. 844/18 inquinada de múltiplas inconstitucionalidades pretende privatizar, ter-se-á o prazo contratual do referido Contrato de Programa como rentabilidade assegurada via faturas a serem pagas pelos consumidores atendidos dentro de seus limites geográficos.

Ou seja, aqui há bem econômico mensurável e atrativo a ser privatizado correspondente a um horizonte temporal de lucratividade decorrente do atendimento do serviço público de saneamento na área geográfica do Contrato de Programa enquanto durar o prazo contratual, eis que o art. 13, § 4º determina: “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” (Lei n. 11.107/05).

Logo, **vê-se que o obstáculo para a estratégia de privatização está exatamente na previsão legal inata ao Consórcio Público do qual se vincula o Contrato de Programa, cuja privatização da CESB levará à extinção automática.**

Mas percebe-se, que a Medida Provisória n. 844/18 subverte os institutos jurídicos próprios do Direito Administrativo para adaptar à fórceps a estrutura do Contrato de Programa dentro dos Consórcios Públicos na vã tentativa de permitir que a privatização das CESB possa seguir adiante. Ora, o Contrato de Programa é regido pela

Lei n. 11.107/05 que define que o Consórcio Público seja formado exclusivamente por entidades federativas (arts. 1º e 2º), enquanto os Contratos de Concessão são regidos pela Lei n. 8.987/95 que permite a realização de Licitação para que a Administração firme, com o vencedor, o devido instrumento contratual. **São duas estruturas jurídicas distintas e não auto-cambiáveis.**

O que pretende a Medida Provisória n. 844/18, não obstante, é transpor o Contrato de Programa em Contrato de Concessão, o que não é constitucionalmente possível já que cada qual tem fonte legislativa própria. Aqui estamos diante da aplicação da **Teoria Clássica da Especialidade da Norma (lex specialis derogat legi generali)** para solucionar antinomias jurídicas, não podendo prevalecer a mistura de fontes normativas para buscar de cada qual o melhor do dois mundos e adaptar a estrutura normativa brasileira aos interesses políticos do subscritor da inconstitucional Medida Provisória n. 844/18, sob pena de violar os princípios da legalidade e da indisponibilidade do bem público inscritos no **art. 37, caput, CF/88.**

A única solução apta a garantir a constitucionalidade da transferência da gestão do saneamento básico para a iniciativa privada é que o Município, titular do serviço público de saneamento básico, decida autonomamente por realizar licitação para contratar um novo prestador de serviços, firmando um Contrato de Concessão novo e íntegro. Em definitivo, não há como um Contrato de Programa ser transformado em Contrato de Concessão sem a anuência e ato formal do Município, o que torna o dispositivo da Medida Provisória n. 844/18 (art. 8º-B da Lei n. 11.445/07, introduzido pelo art. 5º da MP n. 844/18) irremediavelmente inconstitucional. Isto porque, equivocadamente, a Medida Provisória pretende disciplinar a organização municipal violando a autonomia federativa municipal constitucionalmente garantida pelo **artigo 30, incisos I e V, CF/88.**

Esta lógica fica ainda mais evidente quando se lê a nova redação do **art. 11, § 5º, da Lei n. 11.445/07 (art. 5º, MP n. 844/18)** que prevê que o Estudo de Viabilidade Técnica e Econômico-financeira (EVTE) substitua o Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB). A Medida Provisória desvaloriza a cultura do planejamento, que fortalece os instrumentos de gestão e controle social que promovem maior transparência e eficiência dos serviços públicos.

Substituir o PMSB pelo EVTE é o mesmo que excluir a população do processo democrático de construção das políticas públicas do setor com reflexos negativos para a universalização do saneamento brasileiro. Trata-se de adotar técnicas de

management desumanizantes que negam o conjunto normativo constitucional que aponta o planejamento como mecanismo constitucional de desenvolvimento nacional de forma equilibrada entre todas as regiões brasileiras (art. 3º, caput e seus incisos, 23, inciso IX, 174, caput e § 1º, CF/88).

É, ainda nesta mesma linha de razões de inconstitucionalidade expostas acerca do novel art. 10-A da Lei n. 11.445/07 (art. 5º, MP n. 844/18), que outra sorte não beneficia o art. 10-B. Este determina que o Contrato de Programa tenha obrigatoriamente as mesmas cláusulas próprias do Contrato de Concessão (art. 23 e 23-A, Lei n. 8.987/95). Ou seja, uma leitura sistematizada dos novos arts. 8º-B e 10-B, Lei n. 11.445/07 (art. 5º, MP n. 844/18) permite dizer que a Medida Provisória dirige todo o sistema normativo de prestação de serviço público de saneamento básico para a garantia jurídica da empresa privada dentro de claríssimo processo de privatização do saneamento brasileiro. Impõe-se que o Contrato de Programa de caráter eminentemente interpúblico seja transformado em Contrato Público-Privado sem que o Município possa mesmo interferir sobre aspecto relevantíssimo de sua competência municipal de organizar, regular e fiscalizar a prestação de serviço público de saneamento básico (art. 30, incisos I e V, CF/88).

Eis que a norma inquinada de inconstitucionalidade pretende novamente transpor ao Contrato de Programa, regido por Lei própria (Lei n. 11.107/05 – Lei dos Consórcios Públicos), as características do Contrato de Concessão regido por outra Lei específica (Lei n. 8.987/95 – Lei das Concessões). São instrumentos jurídicos diferentes que representam antinomias óticas; o último trata da relação entre o ente público e a empresa privada, enquanto o primeiro trata estritamente do interesse público comum que de forma mútua é administrado por entes da Federação em conjunto. Instrumentos claramente incompatíveis em sua origem que pretende inconstitucionalmente a Medida Provisória força-los a equiparar-se.

Ainda outra inconstitucionalidade pode ser encontrada no novo art. 11-A, Lei n. 11.445/07 (art. 5º, Medida Provisória n. 844/18) que busca constitucionalizar a possibilidade de subdelegação **total** do Contrato de Programa por meio de ato de exclusiva autoria do Poder Executivo.

A subdelegação total sem resguardar ao contratado qualquer parte dos serviços concedidos, sem estabelecer qualquer limitação clara e específica para a subdelegação tornando-o figura obsoleta e violando a integralidade do Contrato de Programa.

Veja-se que o caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos identifica para o contratante que atribua ao contratado serviços públicos específicos a partir da busca pelo melhor atendimento ao interesse público comum entre os consorciados. Mesmo assim, tem sido possível, na doutrina nacional, sustentar que parte dos serviços contratados sejam subdelegados à responsabilidade de terceiro estranho ao contrato para que possa o subcontratado realizar, aquele item específico da prestação de serviço, com melhor eficiência e economicidade dentro do contexto geral do serviço público contratado.

Assim admite-se a subdelegação quando terceiro estranho ao Contrato de Programa, **mas de qualquer forma integrante da administração pública indireta do ente federativo contratado**, venha a realizar atividades acessórias ou complementares à atividade principal desempenhada pelo contratado. Não há, por estas razões, sustentáculo jurídico para que a subcontratação seja **integral** esvaziando a figura do contratado.

Na subdelegação parcial – único modelo constitucionalmente possível –, o contratado permanece na gerência ampla dos serviços públicos que foram transferidos à sua responsabilidade, e mesmo na parte em que houve a subdelegação continuará responsabilizando-se perante o contratante pela qualidade do serviço prestado no geral e também na parte em que houve a subdelegação.

É por esta razão que a subdelegação nunca pode ser integral, haja vista fraudar o Protocolo de Intenções prévio ao Contrato de Programa. Pior ainda, dentro do contexto das inconstitucionalidades da Medida Provisória apontadas ao norte, se a subdelegação for **total** para pessoa jurídica fora do âmbito do ente federativo contratado; *rectus* privatização. Tenha a natureza que possa vir a ter o subdelegado, a subdelegação total esvaziará as atribuições do contratado dentro da relação contratual desenvolvida.

Não bastasse a inconstitucionalidade da subdelegação total, o mesmo artigo pretende ainda que a decisão seja tomada de modo isolado e antidemocrático pelo Poder Executivo em contraposição à natureza da cláusula democrática (**art. 1º, CF/88**) e violando mais um vez a autonomia do ente federativo municipal que tem regulado em sua Lei Orgânica Municipal que a competência material é do Poder Legislativo Municipal por meio de edição de lei formal autorizando (Protocolo de Intenções, art. 3º, Lei n. 11.107/05) a formação do Consórcio Público. Se a pretensão do contratado é subdelegar totalmente o objeto do Contrato de Programa, então a violação constitucional é direta porque contorna clara, expressa e especificamente todo o conteúdo material da

manifestação autônoma do Poder Legislativo Municipal pela exclusividade de propósito do Alcaide.

A omissão da manifestação da legislação municipal não é superável por mero ato isolado do Executivo local, pois trata-se de competência material reservada a Lei formal (**Princípio de Reserva Legal**); nem pode a Medida Provisória decidir sobre assunto tão sensível ao interesse público eminentemente local sob pena de violar **a autonomia municipal como cláusula do Pacto Federativo (arts. 1º, 18, 30, incisos I e V, e 34, inciso VII, alínea ‘c’, todos da CF/88)**.

O Princípio da Reserva Legal, garantido constitucionalmente ao Poder Legislativo Municipal, representa a concretização dos Princípios Republicano, Democrático e da Separação dos Poderes. Assim entendido, temos que o plexo constitucional tem permitido a especialização do Princípio da Legalidade na forma do estabelecimento de uma reserva legal absoluta a designar que a alteração de um marco normativo somente possa ser realizado por norma de natureza legislativa, estabelecendo que uma Lei Ordinária (**Protocolo de Intencões previamente aprovado à formação do Contrato de Programa**) somente possa ser substituída ou suprimida por outra Lei Ordinária (**Lei em sentido formal**) possibilitando a preservação do conteúdo da matéria disciplinada pela norma de origem ante procedimento normativo menos democrático como é o caso de autorização da subdelegação total ser feita por meio de ato infralegal do Poder Executivo.

O Princípio da Reserva Legal está, portanto, ligado visceralmente aos princípios da República e da Democracia, posto que reserva à representatividade popular da Câmara de Vereadores a atribuição irrecusável de estabelecer os parâmetros do exercício da defesa de direitos, principalmente quando se tratam de direitos fundamentais como os ligados indissoluvelmente ao saneamento básico.

Ainda na trilha de inconstitucionalidade que marcou o art. 11-A acima tratado, **o art. 19, § 1º, Lei n. 11.445/07 (art. 5º da MP 844)** determina que os Planos Municipais de Saneamento Básico (PMSB) sejam aprovados exclusivamente pelo Poder Executivo, quando então entra em conflito com a própria Constituição Federal – **art. 241** “disciplinarão por meio de lei” que trata do Contrato de Programa, e **o art. 175** “na forma da lei” que trata dos Contratos de Concessão – Princípio da Reserva de Lei Formal) e as Leis Orgânicas Municipais (**art. 29, CF/88**) que muitas vezes preveem que o plano seja encaminhado ao Poder Legislativo para só então ser sancionado pelo Poder Executivo.

É então de se concluir que a subdelegação **total** do contrato desvirtua da mesma forma o Contrato de Programa entre entes públicos e, por outro contorno, demonstra a inconstitucionalidade da via eleita para a privatização do sistema de saneamento básico.

Apesar de a esta altura muitos já são os vícios de inconstitucionalidade, é necessário que se possa apontar ainda outros pontos da inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 844, de 06 de julho de 2018, ainda que eles sejam novas e “criativas” formas de afronta à autonomia municipal.

Nessa toada, a nova redação do **art. 13, § 2º, da Lei n. 11.445/07 (art. 5º, MP 844/18)** busca estabelecer a destinação dos recursos obtidos pelos Municípios (titular do serviço público de saneamento básico). Ocorre que tal hipótese normativa, além do enfrentamento à capacidade decisória do Município que lhe é exclusivamente outorgada pela Constituição Federal, **é reservada à Lei Complementar Federal que venha a dispor sobre finanças públicas (art. 163, inciso I, CF/88)**. Logo, é de competência própria dos Municípios dispor sobre suas próprias finanças respeitadas apenas a Constituição e Lei Complementar Federal; fora do que a autonomia federativa impõe que os Municípios disponham livremente de seus bens e recursos financeiros.

A mesma falta de virtude constitucional está na nova redação do **art. 30, da Lei n. 11.445/07 (art. 5º, MP 844/18)** que substituiu a expressão original de “*poderá levar em consideração*” para usar o verbo de forma vinculante “*considerará*”. Assim, o que antes era facultativo viabilizando instrumentos para que a autonomia local fosse exercitada, aqui se tornou **obrigatório** com violação à autonomia federativa local. É, aliás e infelizmente, o mesmo sentido da também nova redação do **art. 35, da Lei n. 11.445/07 (art. 5º, MP 844/18)** que passou de “*poderão considerar*” para “*considerarão*”.

Em resumo, são todas razões claras e inescapáveis de inconstitucionalidade material que impedem a permanência no sistema jurídico nacional da Medida Provisória 844, eis que macula em diversas oportunidades a Constituição Federal de 1988.

V.1 – c) Não há prestação de serviços de saneamento básico por parte da União, que justifique a criação de agência reguladora nesta área.

Não há dúvida, e isto não se discute aqui, que compete à União, por meio de normatização, dispor a respeito das diretrizes na matéria “saneamento”. Essa é a disposição do art. 21, XX, da Constituição Federal:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

A União, portanto, pode fixar diretrizes nacionais, no que diz respeito ao saneamento, o que, no entanto, não autoriza a União a exaurir o tema ou adentrar seara alheia, de modo a esvaziar a autonomia dos entes federativos competentes para regular e prestar os serviços.

A prestação dos serviços de água tratada e esgoto é de inequívoca competência municipal, admitindo-se forma diferente apenas nos casos das regiões metropolitanas e os casos de livre opção de Municípios, com a presença dos consórcios e dos arranjos regionais plurimunicipais, conforme jurisprudência e doutrina já assentadas. São também os ensinamentos de Alaôr Caffé Alves:

“Assim, por exemplo, os serviços de captação e tratamento de água para consumo público, tradicionalmente, são de interesse local, inscritos na competência do Município. Entretanto, esses mesmos serviços são inequivocamente de interesse comum numa região metropolitana como a de São Paulo, por exemplo, devendo ser de competência regional e não do Município isolado. O mesmo serviço, conforme o enfoque, o lugar, o modo e as circunstâncias de sua prestação, será objeto de interesse local ou regional, dependendo do caso”. (Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do estado brasileiro (parecer). Revista de Direito Ambiental, n. 15, 1999, p.194)

Desta forma, pode a União editar legislação a respeito (como de fato tem feito), mas não tentar assumir o protagonismo de órgão regulador dos serviços, o que são papéis e competências muito distintos. **A União pode “instituir diretrizes”, mas não “regular os serviços”.**

Ora, quando a MP 844/18 dá à ANA a competência de atuar como agência reguladora do saneamento básico, está dispondo que esta irá regular serviços públicos desta área. Porém, a União não tem qualquer competência para manter ou regular serviços

de saneamento nas áreas de água tratada e esgoto. Tais dispositivos da MP, portanto, invadem as competências constitucionais dos Municípios.

Quanto aos serviços de manejo de **resíduos sólidos e de drenagem pluvial urbana**, que aqui não vêm sendo tratados com o mesmo destaque que os serviços de água e esgoto, destaque-se que se encontram igualmente incluídos no conceito de saneamento básico. Estão também estes no âmbito das competências dos Municípios, conforme disposição da Lei 11.445/07 (art. I, c). Assim, não há também que se cogitar do avanço na União na competência municipal de regular serviços de resíduos sólidos / lixo e de drenagem.

Conforme parecer sobre a matéria do hoje Ministro Luís Roberto Barroso (que as inovações legislativas posteriores não invalidaram):

“Não há norma específica que atribua à União competência para a prestação do serviço de saneamento básico, afora a competência concorrente para promover a melhoria de suas condições, prevista no art. 23, IX. A única menção especial que pode ser aplicada à União é o disposto no art. 200, IV, in verbis:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico.”

(Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 38, nº 153, jan/mar/2002, Senado Federal, Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/762/R153-19.pdf?sequence=4>>)

Não cabe, portanto, à União instituir órgão nesta área para regular tais serviços, pois somente aos Estados e Municípios cabe instituí-los (as agências reguladoras). A competência da União na área da água tratada, do esgoto e dos resíduos sólidos é de outra natureza. Cabe-lhe apenas a competência comum de “apoiar e instituir diretrizes” nessa área, o que pode ser feito por meio da aprovação de leis gerais, como as que já existem, bem como, em conjunto com os demais entes, atuar no planejamento das ações de saneamento, direta ou indiretamente, sob a forma de fomento, custeio e investimentos financeiros, auxílio técnico, etc.

Nem mesmo “**normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico**” (art. 1º, da MP 844/18) pode a União pretender traçar, da forma que intenta ao editar a MP. Ao entrar em tal seara, invadiu a União espaços da autonomia e da competência municipais, pois nenhum serviço desta área lhe está afeto.

Se tornar-se válida tal pretensão da União, estará esta brevemente a querer também traçar regulações para todas as demais competências de caráter e de interesse locais, como o serviço municipal de transporte coletivo ou o horário de funcionamento do comércio.

Não bastasse o destempero e a sanha da União, de querer estender à ANA este novo caráter de “grande órgão regulador” do saneamento básico brasileiro, o § 1º, do art. 4º-A, da Lei 9.984/2000, acrescentado pelo Art. 2º da MP 844, também prevê que tal regulação se estenderá a temas como: a tarifa dos serviços públicos de saneamento básico (inciso II); até mesmo à padronização dos instrumentos negociais de prestação dos serviços e de equilíbrio econômico-financeiro (inciso III); e, pasmem, inclusive aos critérios de contabilidade regulatória (IV). Ou seja, a ANA passaria praticamente a tutelar os órgãos reguladores locais, usurpando definitivamente as competências reservadas pela Constituição aos Municípios. Os entes municipais e seus órgãos reguladores, por sua vez, seriam apenas escritórios, **sob o comando e a supervisão do governo federal**, poderes estes exercidos por meio da ANA.

Assim, para tratar de “instituir diretrizes” nessa área, tais diretrizes não de se dar, como ocorre hoje, por meio de edição de legislação e não por meio de criação de agência reguladora do saneamento, como agora quer a União. O papel de acompanhamento e articulação da União já é hoje feito por meio do Ministério das Cidades, via Conselho Nacional das Cidades e Secretaria Nacional de Saneamento Básico (também no âmbito do Ministério das Cidades). **Há que se destacar que se tratam de coisas diferentes no mundo jurídico: uma é traçar diretrizes; outra é regular serviços.**

Abra-se aqui um parêntese para considerar que a própria ANA, quanto à competência relativa a recursos hídricos (que já exerce), **se limita apenas à regulação de rios federais**, pois estes são os de sua alçada, segundo a Constituição.

O art. 48, da Lei 11.445/07, entre outros, já definia o papel da União na Política de Saneamento Básico. Portanto, a União já desempenhava papel efetivo nesta área. A MP 844/18, no entanto, avança sobre as competências dos Municípios, ao propor, entre outras mudanças, nova redação ao inciso III do referido artigo, retirando a expressão **“estímulo ao estabelecimento de adequada regulação dos serviços”** e substituindo-o por **“uniformização da regulação do setor e divulgação de melhores práticas, conforme o disposto na [Lei nº 9.984, de 2000](#)”**.

Neste tema, aos Estados cabe a gestão das empresas estaduais de saneamento por estes criadas e os eventuais consórcios dos quais participe, cabendo a estes também as respectivas agências estaduais reguladoras. Cabe aos Municípios a gestão dos seus serviços de saneamento, cabendo também a estes as respectivas agências reguladoras dos serviços de saneamento municipais. Porém, à União, não cabe a prestação de qualquer serviço diretamente. Por que então ter uma agência reguladora se não tem serviços de saneamento sob sua competência? De onde viria o poder para regular serviços de outro ente da federação? Da Constituição é que não vem. Para suprir sua necessidade de traçar diretrizes e promover melhorias no âmbito do saneamento, a União há que ter instituições administrativas (como já tem) e não agências reguladoras. Mais uma vez relembro a citação acima do Ministro Barroso: “Não há norma específica que atribua à União competência para a prestação do serviço de saneamento básico, afora a competência concorrente para promover a melhoria de suas condições, prevista no art. 23, IX”.

Em poucas palavras, concluindo: cabe à União traçar diretrizes, em matéria de saneamento, e aos Municípios regular os serviços; não cabe à União a pretensa “regulação superior” dos serviços, deixando aos Municípios apenas a “regulação subalterna dos serviços”. Esta tentativa de inovação legislativa e de intromissão nos assuntos de outros entes federativos não encontra amparo na Constituição ou nas leis.

V.1 – d) A impropriedade constitucional e gerencial de estender à ANA as atribuições de agência reguladora do saneamento básico.

A ANA é prestigiada agência de regulação e controle das águas brutas do Brasil. Ela tem, nessa área, oferecido relevante e inegável trabalho na concretização da

Lei das Águas (Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 2.007). E justamente pela relevância e importância de suas atividades, estas já lhe conferem responsabilidade suficiente a não demandar acúmulo de novas e inéditas competências, tal como inconstitucionalmente trazidas pela Medida Provisória n. 844/18, para regulação e fiscalização do saneamento básico brasileiro.

É preciso, portanto, considerar as competências exercidas no sistema brasileiro, porque a ANA **não** faz planejamento, **nem** gestão, **nem** fiscalização dos serviços de saneamento que são **titularizados pelos Municípios brasileiros** e geridos em boa parte por meio de ajustes administrativos destes com as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESB). Logo, **não é de se confundir** a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 2.007) com o Plano Nacional de Saneamento (Lei n. 11.445/07) que compreende as múltiplas facetas do saneamento básico.

As competências do saneamento básico são de complexa estruturação, principalmente porque diferenciam-se em planejamento e execução nos 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) Municípios brasileiros, cada qual com sua dinâmica de desafios e necessidades.

A criação de novas competências para a ANA implica em prejuízo para as competências já desempenhadas pelo seu quadro de pessoal que, qualificado para as competências originais, **não** tem conhecimento técnico para as novas competências de saneamento agora a eles, inconstitucional e abruptamente, atribuídas. Imagine-se que a partir de agora a ANA terá que supervisionar o saneamento básico em todos os 5.570 Municípios brasileiros, tanto os que já acessaram o Orçamento Geral da União (OGU) quanto os que pretendem a ele ter acesso.

Não há pessoal (e os que estão providos em seus cargos não têm competência instalada para tratar deste novo e complexo campo de atuação) **nem** para estabelecer as pretendidas regulações, muito menos para fiscalizar o atendimento das Regras de Referência Nacionais instituídas pela inconstitucional Medida Provisória n. 844/18.

Na unilateral e antidemocrática determinação presidencial, a ANA passa a órgão regulador central do saneamento brasileiro, pois passa a editar Normas de Referência Nacionais para a prestação de serviços públicos de saneamento básico podendo estabelecer regulação tarifária de serviços, padronização de instrumentos

negociais e critérios de contabilidade regulatória. Tudo imposto, em termos de *realpolitik*, de forma unilateral, sob pena de não terem mais os Municípios acesso a qualquer fonte de financiamento com recursos da União ou de qualquer outra entidade da administração pública federal.

É neste diapasão que o art. 2º da Medida Provisória n. 844, de 06 de julho de 2018, cria o **art. 4º-A na Lei n. 9.884/00** para determinar que a ANA venha a instituir Normas de Referência Nacionais para a regulação da prestação de serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras responsáveis.

A inovação legislativa ganha dicção vinculativa e draconiana quando também o novo **art. 4º-B da Lei n. 9.884/00** (art. 2º da Medida Provisória n. 844, de 06 de julho de 2018) determina que:

“o acesso aos recursos públicos federais ou à contratação de financiamento com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, quando destinados aos serviços de saneamento básico, será condicionado ao cumprimento das normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico estabelecidas pela ANA”.

Nota-se assim, portanto, que as eufemisticamente chamadas “Normas de Referência Nacionais” tornam-se coercitivas, porque o atendimento de suas condições é que possibilitarão acesso ao financiamento público da União. O nominalismo das Normas de Referência Nacionais esconde a natureza político-inconstitucional do dispositivo porque a força do *spending power* federal não as terá apenas como normas de referência, mas sim impositivas aos entes subnacionais que terão que a elas submeter-se sob pena de, à mingua de recursos, não conseguirem realizar a contento a prestação do serviço público de saneamento. A política implementada pela MP 844 é constitucionalmente perversa porque viola o **Federalismo Cooperativo** ao impor vontade própria da União por sobre a autonomia dos municípios brasileiros.

Tendo como pressuposto a situação atual do sistema de saneamento brasileiro, em que o Governo Federal é o detentor da maioria dos recursos financeiros que podem ser alocados ao setor, o dispositivo realiza a **quebra do Pacto Federativo (arts. 1º, 18, 30, incisos I e V, e 34, inciso VII, alínea ‘c’, todos da CF/88)**, ao concentrar unilateralmente na União prerrogativas regulatórias que conforme interpretação legítima

desta Eg. Corte Constitucional, nas decisões sobre a competência federativa do saneamento básico, são exercidas pelos Municípios brasileiros.

V.2 – DA DESCONSIDERAÇÃO DOS CASOS RESSALVADOS EM LEI (INCISO XXVI, DO ART. 24, DA LEI 8.666/93), QUE DISPÕE SER DISPENSÁVEL DE LICITAÇÃO A “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”, COMO SÃO OS CASOS DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, *caput*, E INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO

Outro dispositivo que aqui se suscita como ofensivo à Constituição, é o novo art. 10-A, da Lei nº 11.445, de 2007, acrescentado pelo Art. 5º da MP 844, adiante citado:

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

.....

“Art. 10-A. Nas hipóteses legais de dispensa de licitação, anteriormente à celebração de contrato de programa, previsto na Lei nº 11.107, de 2005, **o titular dos serviços publicará edital de chamamento público com vistas a angariar a proposta de manifestação de interesse mais eficiente e vantajosa para a prestação descentralizada dos serviços públicos de saneamento.**

§ 1º O edital de chamamento público a que se refere o **caput** estabelecerá prazo mínimo de trinta dias para apresentação das propostas, que conterão, entre outros:

I - o objeto e o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, inclusive quanto a eventual prorrogação;

II - a forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

III - as tarifas a serem praticadas e a metodologia de reajuste, conforme as diretrizes regulatórias do setor de saneamento básico;

IV - o plano e o cronograma de investimentos a serem realizados para a prestação adequada dos serviços públicos de saneamento básico;

V - os índices de qualidade de serviços e as metas parciais e finais a serem atingidas, de acordo com o plano e o cronograma propostos; e

VI - o valor estimado do contrato de programa ou do contrato.

§ 2º O proponente poderá adicionar à sua proposta de tarifa a ser praticada, conforme previsto no edital, percentual mínimo de adicional tarifário que será destinado à conta estadual para a promoção de programas de saneamento básico, que priorizará o financiamento de investimentos em saneamento básico nos Municípios que apresentarem os menores índices de cobertura, de acordo com os parâmetros estabelecidos em lei estadual.

§ 3º **Na hipótese de, no mínimo, um prestador de serviço além do interessado em celebrar contrato de programa demonstrar interesse no chamamento previsto no caput, será instituído processo licitatório,** nos termos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na Lei nº 8.987, de 1995, e na Lei nº 11.079, de 2004.

§ 4º Na hipótese de não haver o número de interessados previsto no § 3º no chamamento público, o titular poderá proceder à assinatura de contrato de programa com dispensa de licitação, conforme o disposto no inciso XXVI do **caput** do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 5º O chamamento público previsto no **caput** não será exigível nas seguintes hipóteses:

I - prorrogação única do prazo de vigência dos contratos de programa pelo prazo de até dois anos; e

II - celebração ou aditamento de contratos de programa vigentes, no contexto de alienação do controle acionário de companhia estatal prestadora de serviços públicos de saneamento básico ou de delegação de seus serviços à iniciativa privada.” (NR)

(grifos nossos)

O art. 10-A dispõe que, mesmo com a possibilidade legal de dispensa de licitação prevista na lei 8666/93, o Município terá que publicar edital de chamamento

público (caput do art. 10-A) e, havendo mais de um interessado, terá que realizar processo licitatório (§ 3º, do art. 10-A).

Tal artigo propõe extinguir, na prática, a disposição do inciso XXVI, do art. 24 da Lei 8666/93, que prevê entre os casos de dispensa de licitação.

“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.” [\(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

Ora, tal dispositivo decorre diretamente da regulamentação do art. 37, XXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....

XXI - **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

(grifo nosso)

Desta forma, desconhecendo o caso que está devidamente “ressalvado na legislação”, pretende a MP 844 fazer letra morta deste comando de origem constitucional, para exigir, de maneira contrária, que o caso ressalvado na legislação **deixe de ser ressalvado**.

Se a Lei 8.666/93, em seu art. 24, XXVI, dispôs que será dispensável de licitação “a 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” (o que inclui os contratos de programa na área do saneamento), só a revogação ou alteração do dito inciso poderia invalidá-lo.

Dispor de forma transversa, em lei diversa do “diploma que institui normas para licitações e contratos”, não é a maneira adequada para tratar do tema. O princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) é princípio consagrado em nosso ordenamento jurídico, **mas não deve prevalecer, quando estiver em confronto com disposição constitucional.** Embora, pelo princípio jurídico da especialidade, norma especial prevaleça sobre norma geral, há que se verificar que, neste caso, a norma geral (Lei 8666/93) já dispôs sobre o **caso especial dos contratos de programa**, dando-lhe o tratamento de exceção ao princípio geral da licitação.

Desta maneira, a forma apropriada para dar tratamento diverso ao caso não seria por meio da previsão em lei específica, mas por meio de alteração da disposição específica já constante da norma geral de licitações. Ou seja, por meio da revogação ou da alteração do inciso XXVI, do art. 24, da Lei 8666/93.

Aqui também, conforme já desenvolvido anteriormente na presente peça, há que se destacar que mudanças deste jaez, em matéria que diz respeito a normas de licitação e contratação pública, não é a edição de Medida Provisória o rito legislativo mais apropriado. Reafirma-se, assim, que a alteração citada afronta o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Além de ferir a Constituição, no que diz respeito ao aspecto licitatório, os dispositivos questionados trazem consigo um outro atentado. Tentam igualar em um mesmo nível o contrato de programa para prestação de serviço público celebrado entre dois entes federativos, e a concessão de serviço público celebrada entre um ente federativo e um particular. Ora, estes são dois institutos de níveis fáticos e jurídicos diferenciados. Como leciona Jacintho Arruda Câmara, “uma coisa é delegar serviços a uma empresa estadual, parte integrante de um pacto federativo; outra, significativamente distinta, é delegar serviços a empresa privada.” (Tratado de Direito Administrativo – Licitação e Contratos Administrativos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pág. 501)

Por se tratarem de institutos distintos e de relações entre partes diferentes, há que se dar tratamento específico (e não uniforme) a cada um deles, como tem feito a Constituição e as leis brasileiras. Historicamente, a doutrina e a legislação pátrias sempre compreenderam a distinção entre os esforços comuns empreendidos por dois ou mais entes federativos (convênios, consórcios e contratos de programa), daqueles esforços empreendidos entre o ente federativo e um particular (contratos).

Há várias distinções entre um instituto e outro, que cabe ao legislador considerar. Uma das principais distinções entre o contrato de programa e a concessão pública é que, no contrato de programa, há a ausência de preponderância de interesses entre as partes. O pacto fundamental - que caracteriza o contrato de programa - se dá entre titulares de interesses públicos que formalizam convênios de cooperação ou consórcios públicos. Daí que, diferentemente da concessão a particular, o contrato de programa constitui uma relação de horizontalidade entre as partes, tendo em vista a preponderância do interesse público e o fato de caracterizar-se como um pacto entre entes federativos. Querer dar aos dois institutos o mesmo tratamento e as mesmas regras licitatórias e contratuais – como faz a MP 844 - é um atentado à Constituição, bem como a subordinação do interesse público às conveniências do interesse privado.

Daí que, o mandamento normativo trazido pela Medida Provisória n. 844/18 é claramente contrário à capacidade autônoma dos Municípios, como entes federativos, de autoadministrarem seus próprios interesses, e de autogovernar-se. Novamente há violação frontal ao art. 30, incisos I e V, CF/88.

É prerrogativa do ente municipal, titular do serviço público de saneamento básico, optar pela prestação do serviço de saneamento básico por meio de órgãos ou entidades públicas. Desta forma, a autonomia do ente federativo municipal é de ser preservada porque o Município não pode ser obrigado a privatizar o serviço de saneamento básico sem que essa deliberação seja tomada exclusivamente por ele próprio por meio da manifestação do Poder Legislativo Municipal, instrumentalizada por Lei Ordinária formal.

Como é sabido, o serviço público de saneamento pode ser prestado de quatro formas constitucionalmente garantidas, à escolha do Município: (A) de forma direta, (A.1) centralizada por meio de Departamentos ou (A.2) descentralizada por meio de Autarquia, Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista própria; ou (B) de forma indireta, (B.1) seja por meio de Contrato de Concessão precedido de licitação (Lei n. 8.987/95), (B.2) seja por Consórcio Público ou Convênio de Cooperação autorizando a celebração de Contrato de Programa entre órgãos da administração indireta de outros entes federativos com dispensa de licitação (Lei n. 11.107/05).

Desta maneira, o artigo art. 10-A à Lei n. 11.445/07 (art. 5º, MP n. 844/18) impede que uma administração coopere com outra para que haja prestação direta (*in house providing*), o que leva a que a administração seja forçada a privatizar (*privatisation forcée*).

No âmbito europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia rechaçou esse mesmo tipo de normatividade por violar a autonomia municipal, entendendo que “o imperativo da concorrência encontra um limite na autonomia das coletividades locais de organizarem por seus próprios meios os serviços de interesse geral”³.

Esta, aliás, revela-se a tendência do Tribunal de Justiça da União Europeia ao antever a alteração da normativa comunitária europeia, pois

“desde 1º de Dezembro de 2009, os tratados, modificados pelo Tratado de Lisboa, colocam em destaque a autonomia local e regional em respeito dos serviços de interesse económico geral”. Deste modo afirma-se “a autonomia local em face da uma tendência de privatização dos serviços económicos de interesse geral”⁴.

Tome-se a respeito do assunto crucial decisão da Curia Europeia (*leading case*) no caso *Coditel Brabant SA versus Município de Uccle* (C-324/07, 13 de novembro de 2008):

“48. (...) Com efeito, aceita-se que uma autoridade pública tenha a possibilidade de desempenhar as missões de interesse público que lhe incumbem através dos seus próprios meios, administrativos, técnicos e outros, sem ser obrigada a recorrer a entidades externas que não pertençam aos seus serviços (acórdão *Stadt Halle e RPL Lochau*, já referido, nº 48).

49. Esta possibilidade de as autoridades públicas recorrerem aos seus próprios meios para darem execução às suas missões de serviço público pode ser exercida em colaboração com outras autoridades públicas (v., neste sentido, acórdão *Asemfo*, já referido, nº 65).”

(Doc. 10)

³ Millett, Timothy. *Le “in house” a-t-il- les faveurs communautaires?* in *Contrats Publics*, janvier 2010, n. 95, Dossier: L'actualité de la commande et des contrats publics. Paris: Le Moniteur, 2010.

⁴ Millett, Timothy. *Idem*.

V.3 – DA AFRONTA AO OBJETIVO FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA DE ERRADICAR A POBREZA E REDUZIR AS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS – VIOLAÇÃO DO ART. 3º, III, DA CONSTITUIÇÃO

Ao extinguir o atual modelo de “subsídio cruzado”, em que as populações e as regiões mais empobrecidas se beneficiam dos recursos das empresas estaduais de saneamento gerados nas regiões mais favorecidas (sem apontar novo modelo que enfrente tais desigualdades), a MP 844 ofende diretamente as disposições do art. 3º, III, da Constituição Cidadã:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

...

III - **erradicar a pobreza** e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais;**” (grifo nosso)

É incontroverso que nosso país ainda possui elevado *déficit* de realização de direitos sociais, a maior parte do tempo relegados ao último plano das prioridades estatais. Eles constituem, assim, agenda fundamental para desenvolvimento do Estado de Direito, necessária para a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais há tantos anos problematizados pela ciência jurídica.

É lapidar a lição do professor José Afonso da Silva:

“Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”

(*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 289-290.)

Prevalendo ainda este ideário de realização de direitos sociais em benefício da maioria dos brasileiros, é preciso que se verifique se estas premissas estão observadas em todas as iniciativas legislativas, para que os “objetivos fundamentais da República” não se tornem apenas floreio das letras constitucionais, mas um exercício

democrático diuturno. Para que prevaleça a vontade nacional expressa pelos constituintes, exige-se em toda legislação que esta atenda aos requisitos necessários à sua legitimação, quando cotejada com as disposições materiais estabelecidas na Constituição.

É a análise necessária no presente caso, já que o caminho da MP 844 está calcado na mais absoluta desconexão com a vontade popular, como apontam as manifestações das entidades ligadas ao setor de saneamento, dos quais vale aqui citar outro trecho.

Segundo o posicionamento da ABES - Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental, a:

“MP do Saneamento vai desestruturar o setor, tornar mais distante a universalização e prejudicar a saúde dos mais pobres.

...

– Artigo 10-A, que trata sobre o chamamento público de antes do contrato programa: a ABES sugere a retirada deste artigo que altera a Lei 11.445 de 05 de janeiro de 2007. Esse artigo aumenta ainda mais a seleção adversa ao interesse público, ou seja, induz as operadoras públicas e privadas a competir apenas por municípios superavitários, deixando os deficitários ao encargo dos municípios e estados. Dessa maneira, dificulta a prestação do serviço de forma regionalizada e, ao dificultar a prática de subsídios cruzados, agrava as diferenças na qualidade e na cobertura dos serviços, com prejuízo para a população mais carente.

O sonho da universalização do saneamento no Brasil poderá ficar cada vez mais distante. E novamente os mais prejudicados serão os brasileiros mais pobres, que vivem sem acesso a água potável e esgoto tratado e sujeitos a contrair todo tipo de doenças.

Para os municípios deficitários, por sua vez, não haverá interesse dos agentes, podendo inclusive não haver nem mesmo interesse por contrato programa. O município fica nas mãos do poder público. A fonte de financiamento, nesse caso, deverá ser fiscal.

Dos mais de 5.500 municípios brasileiros, apenas cerca de 500 apresentam condições de superávit nas operações de saneamento. Como ficarão os 5 mil municípios que dependem dos subsídios cruzados?” (Doc. 05)

Importante notar que a rejeição destas entidades à Medida Provisória está lastreada na clara percepção do seu real significado, do ponto de vista da impossibilidade dela realizar direitos sociais e, por consequência, os objetivos da República.

Como demonstrado até aqui, o Poder Executivo estabeleceu abordagem do problema que reduziu o conteúdo de direitos e garantias sociais materializados até agora pelo modelo de “subsídio cruzado” presente na legislação revogada pela MP 844. Operou-

se, assim, verdadeira descontextualização dos objetivos eleitos pela Constituição Federal, pois a MP citada desconhece as bases do atual sistema e propõe um modelo que beneficia apenas a entrada das empresas privadas no “mercado” do saneamento, sem atentar para os prejuízos causados à maioria da população.

Há setores presentes no atual Poder Executivo Federal que advogam que já houve muito investimento social do estado brasileiro e que tais investimentos devem ser reduzidos, como se já tivéssemos chegado a um patamar que possa prescindir dos investimentos públicos para o desenvolvimento humanitário e econômico do país. Estudos em escala nacional e mundial, no entanto, mostram que esta tese não se sustenta, como o abaixo citado:

“Em suma, uma visão mais acurada dos gastos sociais mostra que tampouco nesta área houve expansão desenfreada, sobretudo frente às demandas sociais brasileiras, e que seus benefícios em termos distributivos e na ampliação do bem-estar da população mais carente do país não podem e não devem ser relegados a um plano secundário. Numa comparação internacional, o crescimento dos gastos sociais no Brasil inclusive foi menor do que outros países nos últimos anos. O déficit habitacional, **a ausência de saneamento básico em quase 30% dos domicílios e a precária qualidade da saúde e da educação tornam evidentes a ausência de um Estado de Bem-Estar Social no Brasil.** Certamente é possível discutir excessos e tornar o gasto mais eficiente, mas as possibilidades de fontes de financiamento discutidas neste documento evidenciam que este é um debate que deve envolver toda a sociedade brasileira.”

(Austeridade e retrocesso: finanças públicas e política fiscal no Brasil. Fundação Friedrich Ebert Stiftung; SP: setembro de 2016. Disponível em <http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/Austeridade-e-Retrocesso.pdf>; p. 42. grifo nosso)

O Professor Paulo Bonavides, atento a estes movimentos contrários à atual ordem constitucional, afirma:

Enfim, se concentrarmos nossas reflexões sobre o Brasil, veremos que o grande problema do momento constitucional brasileiro é o de como aplicar a Constituição. (...)

Concretizar o texto, introduzi-lo na realidade nacional, eis em verdade o desafio das Constituições brasileiras, desde os primórdios da República.

Aliás, um clima anticonstituição, ou seja, contrário ao espírito da Constituição, se está formando nas cúpulas empresariais mais retrógradas, assim como em algumas regiões da liderança

política, ameaçando minar os alicerces do regime e desfigurar os valores incorporados ao texto da nova Carta. **A sofreguidão privatista, a par de uma resistência à aplicação dos direitos sociais básicos, certifica tal tendência.**

(*Curso de Direito Constitucional*. 27^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 393-394. grifo nosso)

Com efeito, a distorção da MP 844 e do modelo que ela propõe revelam consequência que deve ser trazida à apreciação desta Corte: a violação de disposição constitucional, uma vez que o texto normativo promove o rompimento da vontade constitucional.

Vale dizer, que a MP 844 contraria o atual projeto constitucional em vigor, voltado à efetivação de direitos, pois procura limitar as possibilidades do país continuar erradicando os fatores da pobreza, da marginalização e das desigualdades, que foram as bases da vontade popular de 1988, expressas pelo constituinte originário e ainda mantidas em sua integralidade.

Este viés privatizante para o setor de saneamento vai na contramão do mundo, pois os países que privatizaram os serviços de saneamento estão votando atrás, como no caso da Alemanha, França e Inglaterra.

À primeira vista, pode-se interpretar que a MP 844 representaria a troca do atual modelo de saneamento básico do país por um novo modelo. Ou seja, os objetivos que o atual modelo vem perseguindo (a universalização dos serviços) seriam também perseguidos pelo novo modelo.

No entanto, em relação ao subsídio cruzado, o novo modelo não oferece nem a sua continuidade, nem uma alternativa viável.

Enquanto, no atual modelo, o subsídio se dá de forma automática, pois se trata geralmente de uma única empresa estadual de saneamento prestando serviços para vários municípios, a MP 844 oferece apenas e tão somente uma longínqua e inexecutável promessa na Exposição de Motivos, sem mecanismos práticos que a viabilizem.

O “subsídio cruzado”, atualmente em vigor, se dá por meio de uma série de mecanismos, entre os quais:

- cobrança de tarifas diferentes para tipos de consumidores diferentes;
- implantação de sistemas de saneamento nas regiões mais pobres, a partir de recursos das companhias de saneamento estaduais;

- manutenção de tarifas mais baratas em regiões mais longínquas e mais pobres;
- barateamento da manutenção dos equipamentos e sistemas, em razão do ganho de escala;
- barateamento da estrutura administrativa central das empresas de saneamento estaduais, que apoiam todos os municípios servidos pela empresa concessionária.

Pedra angular na gestão financeira do setor, o fim de tais mecanismos de subsídio terá como efeito principal o fim do financiamento extra e o aumento da tarifa nos Municípios de pequeno porte, proporcionando uma situação esdrúxula, onde os pequenos Municípios terão uma tarifa maior que as dos grandes centros urbanos, no que concerne à prestação dos serviços de abastecimento de água, esgotamento e tratamento de esgotos.

A partir do momento que um rico Município - que mantém contrato de programa com uma empresa pública estadual - fizer uma licitação e uma empresa privada eventualmente vier a ganhar, automaticamente este Município será desconectado do sistema de subsídio cruzado. Ou seja, os recursos que ele proporciona deixarão imediatamente de irrigar o sistema estadual de saneamento, abandonando os Municípios mais pobres à própria sorte.

Não se trata, portanto, de aperfeiçoamento do sistema atual, mas, pelo contrário, da desconstituição deste sistema, em prol da implantação de outro sistema, sem a necessária vinculação aos compromissos e disposições do art. 3º, III, da Constituição Cidadã.

VI – DO PEDIDO CAUTELAR

- A partir do exposto acima demonstram-se presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar.
- O *fumus boni iuris* restou amplamente demonstrado, vez que vários aspectos das inconstitucionalidades demonstradas estão fartamente embasados em doutrina e jurisprudência, inclusive deste Colendo Supremo Tribunal Federal.

- Ademais, são várias as manifestações subscritas por instituições respeitadas, citadas no correr desta petição, que clamam pela não aplicabilidade da lei combatida.
- O *periculum in mora* ocorre em razão da insegurança jurídica gerada e da invasão das competências e da autonomia dos Municípios, com capacidade para desorganizar os milhares de serviços locais de água, de esgoto e de manejo dos resíduos sólidos. O *periculum in mora* se dá também em razão da confusão gerada e da paralização dos gestores subnacionais, a partir da edição da MP, em relação aos investimentos e milhares de projetos em fase de implantação nos Estados e Municípios. É preciso assentar que a edição da MP suspende todas as atividades de planejamento de curto, médio e longo prazos no setor de saneamento nacional.
- Diante disso, é patente o *periculum in mora*, razão pela qual, de fundamental importância a concessão do pedido cautelar.

VII – DO PEDIDO FINAL

Ante todo o exposto, sempre contando com os *doutos* suprimentos de Vossa Excelência, o Partido dos Trabalhadores espera:

- a. a concessão de medida cautelar, *inaudita altera pars*, com fulcro no art. 10, §3º da Lei 9.868, de 1999, para suspender a vigência da MP 844, nos aspectos supra questionados, a fim de evitar lesão de difícil reparação à sociedade brasileira, até final julgamento da presente ADI;
- b. o conhecimento e o processamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI para, ao final, ser julgada procedente e declarar-se a inconstitucionalidade dos dispositivos inquinados da Medida Provisória 844, de 06 de julho de 2018;
- c. A citação do Advogado Geral da União - AGU para vir defender, querendo, o diploma legal impugnado;

d. A manifestação do Procurador Geral da República para, segundo se espera, opinar favoravelmente à pretensão aqui deduzida.

e. Protesta pela apresentação posterior da procuração, em razão de dificuldades de deslocamento da Impetrante (art. 104, CPC).

Anexa Atos Constitutivos do Partido (Docs. 11 e 12).

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Termos em que,
Pede deferimento.

Brasília, 04 de setembro de 2018.

EDMO LUIZ DA CUNHA PEREIRA
OAB/MG 47.250

ALBERTO MOREIRA RODRIGUES
OAB/DF 12.652

ENEIDA VINHAES DULTRA
OAB/BA 13.993

GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
OAB/SP 252.259

SABRINA DURIGON MARQUES
OAB/SP 253.024

DESIRÉE GONÇALVES DE SOUZA
OAB/DF 51.483

LUIZ ALBERTO G. S. C. ROCHA
OAB/PA 11.404

JOSÉ SOUSA DE LIMA
OAB/DF 58.166

Anexos:

- 01- Procuração a ser apresentada no prazo legal (art. 104. CPC)
- 02- Medida Provisória 844/18
- 03- Emendas apresentadas à MP 844/18
- 04- Ofício do Dep. Paulo Pimenta ao Congresso Nacional
- 05- Posicionamento da ABES
- 06- Nota de Repúdio ABAR
- 07- Nota de Repúdio AESBE
- 08- Posicionamento ASSEMAE
- 09- Nota Técnica CORNOF
- 10- CURIA - Caso 324 07 Coditel Brabant SA v Comuna de Uccle
- 11- Estatuto do PT Partido dos Trabalhadores
- 12- Certidão TSE Presidência PT

Impresso por: 603.600.972-00/ADI 6006
Em: 04/09/2018 - 19:57:23